

LA TIPIFICACIÓN DEL CRIMEN DE PERSECUCIÓN EN EL ESTATUTO DE ROMA Y SU PRIMERA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL TRIBUNAL HÍBRIDO INTERNACIONAL DE TIMOR ORIENTAL

Alfredo Liñán Lafuente

Doctor en Derecho. Abogado

LIÑÁN LAFUENTE, Alfredo. La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-12, p. 12:1-12:62. Disponible en Internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc10-12.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 10-12 (2008), 18 ago]

RESUMEN: La primera vez en la historia del Derecho penal internacional que se ha regulado el crimen de persecución de forma específica ha sido en el Estatuto de Roma. De este modo, en el artículo 7.h se ha llevado a cabo una formulación del tipo penal heredada, en parte, de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc, que junto con el proceso cuasilegislativo llevado a cabo en el seno de la Conferencia de Roma, ha dado como resultado la formulación de un tipo penal específico. La Corte Especial de Dili, creada de un modo híbrido entre las Naciones

Unidas y el gobierno de Timor Oriental para determinados crímenes cometidos en dicho país, ha representado el primer escenario judicial en el que el tipo penal formulado en el artículo 7 del Estatuto de Roma se ha aplicado. Este estudio se propone analizar la formulación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y mostrar los problemas que se han detectado en la aplicación del tipo penal en la Corte Especial de Dili, con la esperanza de que los mismos no se repitan en el seno de la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: Crimen contra la humanidad, crimen de persecución, tribunal híbrido internacional, Corte Penal Internacional, discriminación, Corte Especial de Timor Oriental, Estatuto de Roma, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Tribunal Penal Internacional de Ruanda, artículo 7 Estatuto de Roma.

Fecha de publicación: 18 agosto 2008

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ELEMENTOS GENERALES DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD. 1. El ataque. 2. Comisión generalizada o sistemática. 3. Elemento político. 4. Contra cualquier población civil. 5. Elemento intencional. III. EL CRIMEN DE PERSECUCIÓN: LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO. 1. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo. 2. Conducta, consecuencia y circunstancias. A. Requisito de conectividad. B. Tipos de actos. C. Privación intencional y grave de un derecho fundamental. 3. La mens rea del crimen de persecución. A. Político, racial o religioso. B. Nacional, étnico o cultural. C. Género u otro motivo universalmente reconocido. IV. APLICACIÓN DEL CRIMEN DE PERSECUCIÓN EN EL TRIBUNAL HÍBRIDO INTERNACIONAL DE TIMOR ORIENTAL. 1. Administración transitoria de la ONU y la creación del sistema judicial. 2. La regula-



ción del crimen contra la humanidad. 3. La jurisprudencia del Panel especial sobre el crimen contra la humanidad. 4. El tipo específico de persecución: la aplicación práctica de la redacción del Estatuto de Roma. 5. Análisis jurisprudencial. 6. Puesta en común.

I. INTRODUCCIÓN

La referencia a los actos de persecución en la figura del crimen contra la humanidad es tan antigua como el tipo penal en sí. Desde la redacción del art.6.c en la Carta de Londres siempre ha aparecido este tipo de actuaciones en las sucesivas tipificaciones internacionales del crimen contra la humanidad. Pero si bien este dato es cierto, no lo es menos que hasta el Estatuto de Roma no se había abordado la definición de estas conductas en los ‘instrumentos internacionales’ aprobados referentes a esta materia. Esta falta de determinación y el propio carácter abierto del crimen ha provocado gran inseguridad jurídica a la hora de su aplicación. Una labor importante en la delimitación de los contornos del tipo específico la ha llevado a cabo la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY), aunque parte de su criterio no haya sido continuado por los redactores del Estatuto de Roma (en adelante, ER).

La propia estructura bipolar del artículo 7 del Estatuto de Roma, donde se tipifica el crimen contra la humanidad, hace que sea necesario para analizar el tipo específico de persecución, desarrollar los elementos generales del tipo, en un primer apartado, para posteriormente estudiar las especificidades del tipo de persecución.

La estructura de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma sigue un esquema *sui generis*, derivado de la conjunción de sistemas legales que han confluído en el texto legal. Éste cuenta con dos elementos estructurales¹. En primer lugar se encuentra el elemento material del crimen o *actus reus*² que describe la conducta típica, las consecuencias resultantes y las circunstancias externas que deben producirse³. En el crimen contra la humanidad, además de la conducta típica debe acaecer un ataque generalizado o sistemático, características alternativas, contra un sujeto pasivo con características concretas: la población civil. Éstas representan las circunstancias materiales esenciales de la figura criminal. En segundo lugar, la *mens rea* o elemento

¹ Se seguirá el esquema que plantea KREß, C. *Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Humanitäres Völkerrecht*. 1999. pp. 4 y 5. WERLE desarrolla el planteamiento en *Völkerstrafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck. 2003, p. 250. En el mismo sentido; MESEKE, S. p *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*. Berlin: Berliner Wissenschafts. 2004. P. 112.

² El elemento material citado en los artículos del Estatuto se puede asimilar al tipo objetivo de nuestro sistema de Derecho penal. Los redactores del Estatuto cambiaron el término ‘physical elements’ por ‘material elements’ debido a que la traducción del primero podría provocar confusiones. Se ha planteado la interpretación del término como alusión a todos los presupuestos jurídico-materiales de la punibilidad, pero frente a esta interpretación amplia, creo que se adecua más a la lógica jurídico penal la asimilación del término por el tipo objetivo. Sobre este tema véase, AMBOS, K. *La parte general del Derecho penal internacional*. Temis: Montevideo. 2005. Traducido por Ezequiel Mazarino. pp.390 y 391.

³ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...*ob.cit. p. 250

subjetivo exige, según el art. 30 del Estatuto, que el crimen se lleve a cabo con conocimiento e intención. Siguiendo este esquema analizaremos a continuación las características generales del tipo penal, para una vez establecidas éstas, determinar las especificidades del tipo de persecución. Asimismo, tras el establecimiento de estas bases, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental, por ser el primer tribunal dónde se ha aplicado el crimen contra la humanidad según la redacción del Estatuto de Roma.

Antes de comenzar conviene señalar que la configuración del crimen contra la humanidad del ER representa la primera ocasión donde éste tipo penal no ha sido establecido por los vencedores de una guerra, ni por la decisión directa del Consejo de Seguridad, sino que ha nacido de un acuerdo de voluntades de muchos y variados sistemas jurídicos distintos⁴. En esto radica la grandeza de dicho tipo penal, pero al mismo tiempo, también se derivan las debilidades de un crimen internacional nacido en un alarde de equilibrio diplomático por parte de sus creadores.

II. ELEMENTOS GENERALES DEL CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD

El art.30 del Estatuto de Roma⁵ indica que actúa intencionalmente quien en relación con una conducta se propone incurrir en ella, o quien en relación con una consecuencia se propone causarla. Asimismo el conocimiento se entenderá por la conciencia de la existencia de una circunstancia o la producción de una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Por lo tanto, dentro del elemento material del crimen, entendido como tipo objetivo del mismo, se deberían poder identificar una conducta (acción típica), una consecuencia⁶ y unas circunstancias que identifique al crimen de una manera concreta.

El elemento material del tipo general del crimen contra la humanidad está representado en el art. 7 del Estatuto del siguiente modo.

Art.7. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de ese ataque.

Estas circunstancias deben aparecer en cada tipo específico⁷ contenido en el art. 7 del Estatuto de Roma. En relación con el crimen de persecución, el apartado h) del art. 7 determina que,

⁴ Cfr. ROBINSON, D. *Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference*. AJIL. N.º93.1999.p. 43.; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J.L. *El concepto de crímenes contra la humanidad*. Revista Española de Derecho Militar. N.º 75. 2000. pp. 217-228. esp. p. 221.

⁵ Vid. Art. 30. Estatuto de Roma (ER, en adelante)

⁶ En el terreno de las ‘consecuencias’ es necesario distinguir entre los delitos de mera actividad y los de resultado. Nuestra figura criminal objeto de estudio exige un resultado para perfeccionarse, pero existen otras conductas contempladas en el Estatuto como, en el marco de los delitos de guerra, la descrita en el art. 8.2.b.ii) *Dirigir intencionalmente ataque contra objetos civiles*; 8.2.b.xii) *Declarar que no se dará cuartel*; En estos casos, la conducta coincidiría con el resultado.

⁷ En la sentencia de la Audiencia Nacional española 16/2005, la sala utiliza el término ‘delito subyacente’ para hacer referencia a los tipos específicos contenidos en el tipo general del crimen de lesa humanidad del art. 607.bis

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen competencia de la Corte.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el esquema planteado al principio del epígrafe nos encontramos con una conducta (típica) que se realizaría al perseguir a un grupo o colectividad de personas por determinados motivos. Estas persecuciones han de conducir a un resultado, pues el mero hecho de perseguir a alguien no causa ningún desvalor típico respecto a esta figura penal. Para determinar el resultado hemos de tener en cuenta dos circunstancias. La primera, es que la conducta no estaría completamente formulada de este modo, ya que debe estar en conexión con algún acto del art. 7 o crimen competencia de la Corte. La segunda es que el resultado producto del acto de persecución se encuentre contemplado en los Elementos de los Crímenes⁸, que según el art. 9. del Estatuto, ayudarán a interpretar los artículos 6,7 y 8. Según esto, en el art. 7.1.h) E.R. se indica que el resultado de la persecución será *que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención con el Derecho internacional*⁹. Las circunstancias en las que se debe desarrollar la conducta – un ataque generalizado o sistemático contra la población civil – actúan de detonante para elevar al injusto, hasta el momento nacional, a un plano internacional, donde la gravedad del mismo afectará intereses que la comunidad internacional considera de necesaria protección¹⁰. Por lo tanto, el acto delictivo debe realizarse en conexión con un contexto específico para que la figura criminal se perfeccione¹¹.

A continuación se analizarán los elementos generales del tipo, para, una vez determinados, desarrollar las características específicas del crimen de persecución.

1. El ataque

El término ataque no debe ser relacionado con una ofensiva de tipo militar en un ambiente bélico¹², sino que debe ser considerado como un curso de conducta¹³ –

del c.p. español.

⁸ Accesible en: <http://www.derechos.org/nizkor/imp/tpi/elementos.html>.

⁹ Según la nota 21 de los Elementos del Crimen: *Este requisito se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6 de la introducción general de los Elementos del Crimen. El párrafo 6 reza que: Los Elementos del Crimen no se refieren en general al requisito de ilicitud enunciado en el Estatuto o en otros instrumentos de Derecho internacional, especialmente de Derecho internacional humanitario.*

¹⁰ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit.114.

¹¹ WERLE denomina al acto delictivo 'Einzeltat' y al contexto necesario para su perfección 'Gesamtat' en, *Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht*. JZ. 2000. pp. 755-760. esp. 756 y 757. Con respecto al crimen contra la humanidad, el autor señala que: *Bei den Verbrechen gegen die Menschlichkeit ist zwischen der 'Gesamtat' und der 'Einzeltat' zu unterscheiden. Die Gesamtat ist der ausgedehnte oder systematische Angriff gegen eine Zivilbevölkerung. In diesen Angriff fügt sich die Einzeltat ein, die nicht um ihrer selbst willen, sondern wegen ihres funktionalen Zusammenhangs mit der Gesamtat bestraft wird;* En el mismo sentido, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 115.

¹² DIXON, en TRIFFTERER, O (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*.

contexto generalizado o sistemático - en el que se desarrollan los actos criminales¹⁴. En el Estatuto de Roma se abandona definitivamente la exigencia de una conexión con un conflicto armado, pues la doctrina y la jurisprudencia internacional¹⁵ se había pronunciado claramente en contra de la exigencia de este requisito.

En un único ataque pueden producirse numerosos y diferentes tipos de crímenes, tales como asesinatos, violaciones o persecuciones por determinados motivos. Asimismo, existe la posibilidad de que los actos y el ataque coincidan, como sucedería con los actos de asesinato en una matanza cometida en un poblado. El ataque suele desarrollarse con tintes de violencia, pero también podría presentarse como medidas estatales en contra de una parte de la población que tuvieran como resultado la quiebra de determinados bienes jurídicos¹⁶. La distinción entre el ataque y los actos debe estar clara, pues la exigencia de que el crimen se cometa de una forma ‘generalizada o sistemática’ sólo afecta al ataque (curso de conducta) y no a los actos que en él se desarrollan. Por lo tanto, lo que esto implica es la necesidad de que los delitos cometidos deban estar relacionados con el ataque o comprometidos con el mismo fin y actuar para lograrlo¹⁷. Desde este punto de vista, se podría afirmar que un acto único podría ser constitutivo de un crimen contra la humanidad¹⁸.

Baden-Baden: Nomos. 1999. p. 124.

¹³ La utilización de la expresión ‘a course of conduct’ fue establecida en el proceso de *Prosecutor v. Tadic*. Decision on the Form of the Indictment, 14-10-1995. par. 11. El término se ha de interpretar como un contexto determinado – generalizado o sistemático - en el que se han de producir los actos típicos para que el crimen se perfeccione.

¹⁴ El art. 7.2. a) ER indica que: *Por ataque contra una población civil se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover dicha política*. La expresión ‘línea de conducta’ se inspira en la jurisprudencia del TPIY. Véase, *Prosecutor vs. Kunarac et al*. Sentencia de 22 de febrero de 2001. Caso N. IT-96-23-T (Trial Chamber). par. 415. *An attack can be described as a course of conduct involving the commission of acts of violence*; *Prosecutor v. Simic et al* Sentencia de 17 de octubre de 2003. Caso IT-95-9-T (Trial Chamber). par.39.

¹⁵ La Corte de apelación del TPIY se declara contraria a la exigencia de esta conexión, en contra de lo que establecía su propio Estatuto. Véase, *Tadic*. Decision on the Defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction Appeal’s Chamber. 2 de octubre de 1995. par. 141. *[I]t is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict*.

¹⁶ El TPIR pone de ejemplo el caso del establecimiento de un régimen de Apartheid. Véase, *Prosecutor vs. Akayesu*. Sentencia de 2 de septiembre de 1998. Caso N°. ICTR 96-4 (Trial Chamber).par. 581.

¹⁷ *Kunarac*. Trial Chamber . par. 417; *Tadic*. Sentencia de 31 de enero de 2000.

Caso. IT-94-1-A-R77. Appeals Chamber. pars 248 y 259; *Prosecutor v. Mrksic and Others*. Caso N. It-95-13-R61. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence. 3 de abril de 1996. par. 30.

¹⁸ *Mrksic* Rule 61 Decision. par. 30; En el mismo sentido, *Tadic* Trial Chamber. par. 649; *Prosecutor vs. Kupreskic* Sentencia de 14 de enero de 2000. Caso N°. IT-95-16-T. (Trial Chamber). par. 550; *Kunarac*. Sentencia de 22 de febrero de 2001. Caso N. IT-96-23-T (Trial Chamber).par. 417; *Kunarac*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Caso. N°. IT-96-23& IT-96-23/1-A. (Appeals Chamber). par. 96; En este sentido véase, DIXON, en TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary on the Rome Statute...*ob.cit. p. 125; WERLE, G. *Völkerstrafrecht*. ..ob.cit. p. 635; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 133; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. ‘Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español’. En Cuadernos de Derecho Judicial, *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. 2001. p.27; RUEDA FERNÁNDEZ, C. ‘Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI.’ En ‘*La criminalización de la barbarie: La corte penal internacional*’. Madrid: Consejo General del Poder Judicial .2000. p.317; GIL GIL, A. *Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo blanch. 1999 . p 142. Este tema fue extensamente tratado en el decimotercer informe de

El Estatuto no es muy claro al indicar el modo en que deben relacionarse los actos y el ataque¹⁹, aunque indica que los primeros deben ser cometidos *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*²⁰. El término ‘de conformidad’ no aclara el grado de relación que debe existir entre el sujeto y la política del ataque²¹, ya que éste puede significar desde ‘Adhesión íntima y total de una persona a otra’²² hasta simplemente ‘Asenso, aprobación’²³. Los Elementos del crimen no arrojan mucha luz sobre la cuestión al añadir que: *Se entiende que la ‘política ... de cometer esos actos’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil*²⁴. Lo que aquí se exige es un acto de promoción de esa política, por lo tanto, cualquier persona podría actuar por iniciativa propia en el marco de la política promovida por el Estado o la organización²⁵.

En mi opinión, no se exige una relación orgánica ni establecida entre el sujeto perpetrador del acto y la organización o el Estado promotor de ataque. Sería suficiente que aprovechando un contexto determinado el sujeto cometa algún injusto contemplado en el tipo específico, sin exigir que el fin propuesto deba coincidir con el que persigue la entidad organizadora del ataque. Lo que implica que un acto aislado – aquellos que por estar tan alejados del ataque en fondo y forma no se pueden estimar que formen parte del mismo²⁶ –, nunca podrá perfeccionar la figura criminal²⁷. Por lo tanto, la diferencia de un único acto y un acto aislado es que en el primero está presente el nexo con el ataque, mientras que el segundo se lleva a cabo de una manera totalmente independiente.

THIAM del Borrador de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, presentado en el 47º periodo de sesiones de la CDI, de 2 de mayo al 21 de julio. UN Doc A/CN.4/466. 24 de marzo e 1995. pars. 88-94. pag. 22 y 23. Accesible en la siguiente dirección de internet: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/084/73/PDF/N9508473.pdf?OpenElement>.

¹⁹ No así la jurisprudencia del TPIY. La Sentencia de *Kunarac* indica que esta conexión consiste en la comisión de un acto que, por su naturaleza o consecuencias, sea objetivamente parte del ataque, junto con el conocimiento por parte del acusado de que existe un ataque contra la población civil y que su acto es parte de éste. Véase, *Kunarac* Trial Chamber. par. 418; *Tadic* Appeal Chamber. par. 248, 251 y 271; *Mrksic* Rule 61 Decision. par. 30.

²⁰ Art. 7.2.a). ER.

²¹ En este sentido era más claro el borrador de 1996, el cual expresaba que los actos constitutivos de esta clase de delitos deberían haber sido *instigados o dirigidos* por un Estado, organización o grupo. Véase Comentario nº 5 del art.18. del Borrador de 1996.

²² Diccionario de la RAE. 22º. Ed.

²³ Ibidem.

²⁴ Elementos del Crimen. Introducción el art. 7. nota. 3.

²⁵ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Actualidad Penal. Nº. 42. 2002. pp. 1121-1138. esp. p. 1130.

²⁶ Según la jurisprudencia de los TPIs. Véase, *Kunarac* Appeal Chamber. par. 100. *A crime would be regarded as an ‘isolated act’ when it is so far removed from that attack that, having considered the context and circumstances in which it was committed, it cannot reasonably be said to have been part of the attack*; *Prosecutor v. Kupreskic*. IT-95-16-T. (Trial Chamber). 14 de enero de 2000. Sentencia comentada por William Schabas en, KLIP, S/ SLUITER; G. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998*. Viena: Interesentia. 1999. Vol.4.pp.888-892. par.550; *Tadic* Trial Chamber. par. 649; *Mrksic* Rule 61 Decision . par. 30; *Simic et al.* Trial Chamber. par. 41.

²⁷ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 133; Esta afirmación la avala la jurisprudencia de los TPIs. En este sentido véase, *Kupreskic* Trial Chamber. par. 550; *Kordic&Cercez* Trial Chamber. par. 178. *Kunarac* Appeal Chamber. par. 96.

2. Comisión generalizada o sistemática

Al analizar el carácter que debe tener el ataque se han de tener en cuenta dos variables. La primera sería la afirmación del artículo 7.2 a) del Estatuto al considerar el ataque como una línea de conducta que implique la comisión *múltiple* de actos mencionados en el párrafo 1. La segunda sería la determinación del carácter generalizado o sistemático del ataque como elementos autónomos y cualificantes al concepto de ataque²⁸. La lectura del art. 7.2 E.R. se puede hacer desde dos puntos de vista. Desde un primer punto de vista, se podría interpretar el requisito de multiplicidad de los actos como una condición previa a la sistematicidad o generalidad, de la cual dependería que el ataque se considerara producido o no. De este modo, el ataque se compondría de una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos llevados a cabo de un modo generalizado o sistemático. En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ considera que el término generalidad debe interpretarse como la exigencia de multiplicidad de víctimas, ya que los actos así deben serlo para conformar el ataque²⁹. Pues de otro modo, la interpretación literal de la exigencia de multiplicidad de actos podría llevar a conclusiones tales como que un único acto cometido contra la población civil de un territorio que causara gran número de víctimas no podría ser calificado como crimen contra la humanidad por la ausencia de la repetición (multiplicidad) de los actos.

Desde otra perspectiva, AMBOS considera que la exigencia de la producción de múltiples actos convierte en acumulativa las características alternativas del tipo general. Es decir, si se entiende que siempre el ataque debe comportar la repetición de los actos del art. 7.1, el ataque siempre sería generalizado, entendiéndose este concepto como la comisión múltiple de acciones, y sistemático, entendido como actuaciones realizadas en apoyo o encomienda de un Estado u organización³⁰.

En este sentido, conviene recordar que el término “generalizado” apareció en el Estatuto de Roma tras una peregrinación por los borradores de 1991, 1994 y 1996. Desde el término ‘masividad’ de 1991³¹, se pasó al de ‘gran escala’ en 1994³² y 1996³³, para terminar con el concepto de generalidad. Este término³⁴ ha sido interpretado por la

²⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos...* ob.cit. p. 1134

²⁹ Indica GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos...* ob.cit. p. 1133. que, [e]l texto del artículo 7 es muy claro cuando insiste en que, en todo caso, el ataque debe implicar la comisión múltiple de los actos del párrafo 1 y, además, ser generalizado o sistemático²⁹. En este contexto, no existe inconveniente en asumir que la generalidad significa lo que en el Borrador de 1996 significaba ‘a gran escala’, es decir, multiplicidad de víctimas

³⁰ AMBOS, K. *Elementos del crimen así como Reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional*. La Ley. 2000. vol. 9. D-283. pp. 1357-1362. esp. 1358. Diario 5212 de 26 de diciembre de 2000.; en el mismo sentido, SCHABAS, W. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press. 2ª ed. p. 44.

³¹ Noveno Informe. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. Naciones Unidas: Nueva York y Ginebra. 1991. Vol. II (segunda parte) . p. 85 y ss. Doc. A/CN.4.435; Esa interpretación varía en las obras posteriores de este autor donde aparece como factible la alternatividad de los elementos. Véase, AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current Law of Crimes against Humanity*. Criminal Law Forum. N.13. 2002. pp. 1-90. esp. p. 17 y 18.

³² *Report of the I.L.C. on the work of its Forty-sixth Session*, (1994) G.A., 46th sess., Supp. No. 10, U.N.

Doc. A/49/10. Accesible en <http://www.un.org/law/ilc/repofra.ht>

³³ *Report of the I.L.C. on the work of its Forty-eighth Session*, (1996) G.A., 48th sess., Supp. No. 10, U.N. A/51/10. Accesible en . <http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/chap02.htm>

³⁴ Según la sentencia de *Akayesu*. Trial Chamber. par. 580. El concepto de ‘generalizado’ podría ser definido

jurisprudencia de los TPIs ad-hoc como la naturaleza de los actos a gran escala y la producción del número significativo de víctimas³⁵. De hecho, se tiende a relacionar concepto generalidad con los métodos empleados en la comisión del crimen - magnitud de los actos llevados a cabo - o las víctimas producidas³⁶. Este resultado se podría alcanzar por el efecto acumulativo consecuencia de la repetición de los actos o por el gran poder destructivo de una única actuación³⁷. Por lo tanto, la generalidad se podría interpretar como un elemento cuantitativo³⁸ en razón tanto del método empleado – que afecte a gran parte del objetivo de una u otra forma – como de su resultado lesivo, el cual deberá tener una repercusión importante en un concreto ámbito social. En todo caso, al ser una cuestión cuantitativa debe ser examinada en cada caso concreto por la Corte competente, sin que sea recomendable, en mi opinión, determinar a priori un número de víctimas o modos de actuación para reconocer la generalidad.

La sistematicidad, asimismo, responde al criterio cualitativo del ataque³⁹, y ha sido interpretada por jurisprudencia de los TPIs ad-hoc como la naturaleza organizada de los actos de violencia y la imposibilidad de que éstos sucedan de forma espontánea⁴⁰. Teniendo en cuenta esta interpretación, lo que primero salta a la vista es la intención de que ningún ataque que se realice de forma fortuita pueda constituir un contexto válido donde se desarrolle el crimen contra la humanidad. Por lo tanto, existe un requisito previo para que la sistematicidad pueda detectarse en un ataque: la existencia de un plan o política preconcebida. Esta circunstancia fue incluida en el tercer borrador⁴¹ y ha sido aceptada por la jurisprudencia del TPIY y del TPIR⁴², si bien no como un elemento legal del crimen, sí como una condición fáctica necesaria para que se pueda determi-

como masivo, frecuente, acción a gran escala, realizado colectivamente con seriedad considerable y dirigido contra una multiplicidad de víctimas.

³⁵ *Kunarac* Trial Chamber. par. 428; *Tadic* Trial Chamber. par. 648; *Blaskic*. Trial Chamber. par. 206. Sentencia comentada por Nico Keijzer y Elies von Sliedregt en KLIP, A/ SLUITER, G. *Annotated...* ob.cit. Vol. 4. pp. 656-668; *Akayesu* Trial Chamber. par. 580; *Kunarac* Appeal Chamber. par. 94; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 101; *Simic et al.* Trial Chamber. par. 43; *Stakic* Trial Chamber. par. 625; *Semanza* Trial Chamber. par. 329; *Prosecutor v. Niyitegeka*. Caso.Nº. ICTR96-14-T. (Trial Chamber). 16 de mayo de 2003. par. 439; *Prosecutor vs. Ntakirutimana & Ntakirutimana*. Sentencia de 21 de febrero de 2003 Caso. Nº. ICTR96-10 & ICTR 96-17-T. (Trial Chamber). par. 804; *Prosecutor vs. Baglischma*. Sentencia de 7 de junio de 2001. Caso Nº. ICTR95-1A-T. (Trial Chamber). par. 33; ROBINSON, D. *Defining ...* ob.cit. pp. 43-57. esp. p. 47.

³⁶ *Blaskic*. Sentencia de 3 de marzo de 2000. Caso. Nº. IT-95-14-T. (Trial Chamber). par. 296.

³⁷ *Report of the Commission on the Work of its 48 th Session* (6 de mayo – 26 de julio de 1996) par. 95.

³⁸ Defienden este criterio cuantitativo, WERLE, G. *Völkerstrafrecht...* ob.cit. p. 636; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 135; VEST, H. *Humanitätsverbrechen- Herausforderung für das Individualstrafrecht?*. ZStW. 2001. Nº. 113. p. 468; DIXON – TRIFFTERER, O (ed.). *Commentary on the Rome Statute...* ob. cit. p. 126.

³⁹ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...* ob.cit. p. 640; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 134;

⁴⁰ *Kunarac* Trial Chamber. par. 429. *The adjective systematic signifies the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence. Patterns of crimes – that is the non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis- era a common expression of such systematic occurrence;* *Blaskic* Trial Chamber. par. 203; *Tadic* Trial Chamber. par. 648; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 101; *Kunarac* Appeal Chamber. par. 648; *Simic et al.* Trial Chamber. par. 43; *Stakic* Trial Chamber. par. 625.

⁴¹ *Report of the Commission on the Work of its 48 th Session* (6 de mayo – 26 de julio de 1996) . Tercer borrador. Art. 18. párrafo 3. *The first alternative (systematic) requires that the inhumane acts be committed in a systematic manner meaning pursuant to a preconceived plan or policy.*

⁴² *Akayesu*. Trial Chamber. par. 580; *Kayishema & Ruzindana*. Trial Chamber. par. 123; *Kunarac*. Trial Chamber. par. 429.

nar la sistematicidad⁴³. Pero si bien es cierto que en los Estatutos de los TPIs ad-hoc no existe ninguna referencia que pueda señalar dicho requisito como un elemento necesario en la sistematicidad del ataque, no lo es menos que en el Estatuto de Roma se indica expresamente en el art. 7.2. que el ataque se llevará a cabo *de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*⁴⁴. Por lo tanto, deberá existir una pauta de actuación previa, ya provenga de una entidad estatal o de una organización criminal, que determinen, como mínimo a rasgos generales, como se va a desarrollar la línea de conducta.

Frente a esta interpretación de las características de generalidad y sistematicidad se alza, de nuevo, la exigencia de la comisión múltiple de los actos para la constitución de ataque. En mi opinión, esta exigencia no aporta más que confusión a la interpretación del contexto en el que el crimen debe ser llevado a cabo. La sistematicidad, por sí misma, exige la comisión de varios actos. Por su parte, la generalidad sólo estará presente cuando la magnitud del ataque afecte a una esfera de la sociedad debido a sus los medios empleados o al resultado causado, que es donde reside el peligro de este tipo de actuaciones. El término ‘múltiples actos’ debería interpretarse como un concepto plástico que ejemplifica lo que normalmente significa una línea de conducta - repeticiones -, pero en ningún caso como una restricción del concepto de ataque en el sentido del crimen contra la humanidad. Como recuerda GÓMEZ BENÍTEZ, *cuando los propios actos típicos ya implican la generalidad del ataque, esto es, la multiplicidad de víctimas, no parece conforme al sentido de la ley exigir, además, la multiplicidad de actos como elemento irrenunciable de la línea de conducta de la que tienen que formar parte*⁴⁵.

Respecto a este tema, parte de la doctrina ha llegado a una solución utilizando el concepto de concurso ideal. En el supuesto de que un ataque único produjera multitud de víctimas, se podría interpretar que cada víctima ha sido causada por crímenes separados que constituirían la multiplicidad de los actos requeridos para la perfección del ataque⁴⁶. Para defender dicha tesis se avalan el párrafo 9º de los elementos del crimen al indicar que *una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes*. Al analizar dicha afirmación se partirá de la consideración del concurso ideal como *unidad de hecho y pluralidad de infracciones*⁴⁷. Esta unidad de hecho se define como la identidad absoluta o parcial en el presupuesto del tipo objetivo⁴⁸. Con dicho funda-

⁴³ Blaskic Appeal Chamber. par.100. *In the view of the Appeal Chamber, the existence of a plan or policy may be evidently relevant, but is not a legal element of the crime.*

⁴⁴ En el mismo sentido, art. 7.3 de los Elementos del crimen.

⁴⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en Derecho Penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. El Derecho Penal Internacional*. Madrid. 2001. p. 31.

⁴⁶ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...* ob.cit.p. 17. AMBOS, K/WIRTH, S. ‘Commentary on Prosecutor v. Kayishema&Ruzindana. En, KLIP, A/SLUITER, G. *Annotated Leading...* ob.cit. pp.701-708. esp.p.702.

⁴⁷ COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. 5ª. ed. p. 769.

⁴⁸ Ibidem. p. 772. Según los autores, en el art. 77. del c.p. español no se exige la unidad de acción en el acto delictivo, sino que también podría apreciarse el concurso ideal cuando diversos delitos tuvieran el mismo sustrato material o cuando el sustrato material de alguno o algunos sea parte del sustrato material de otro.

mento, puede defender que, ‘matar a varias personas dolosamente constituiría varios hechos de homicidio tanto si se hace mediante varios disparos, como haciendo explotar una bomba’. Que un acto puede ocasionar una pluralidad de infracciones es algo generalmente aceptado, pero lo que aquí se plantea es si de esa diversidad de bienes jurídicos afectados se puede interpretar que ha sido causado por una pluralidad de actos, que repetido un número de veces, conforma el hecho unitario causante del resultado. Es decir, en el caso de que una persona envenene un depósito que tenga como resultado la muerte y lesiones de un número elevado de víctimas, ¿se podría interpretar que cada víctima ha sido objeto de un acto material individualizado? A esta conclusión se podría llegar desde el criterio de resultado en la teoría del concurso del delito, defendido por MIR PUIG⁴⁹ y aplicado en la STS español de 11 de junio de 1997⁵⁰, la cual indica que si un sujeto actúa con dolo directo y pretende conseguir una pluralidad de resultados lesivos con un único hecho, y los resultados constituyen la lesión de otros bienes jurídicos, se estaría en presencia de varios hechos punibles en concurso real⁵¹. Éste criterio basado en la voluntad del autor y en el resultado concreto podría plantearse como una teoría concursal para solventar el problema planteado por la exigencia de la multiplicidad de actos. En todo caso, esta cuestión, si llegara a plantearse en un proceso ante la CPI, dependerá de la interpretación de los jueces y su postura acerca de la unidad o pluralidad de hechos en los concursos de delitos.

⁴⁹ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor. 2004. 7ª. Ed. p. 635. En opinión del autor, [...]la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituiría un solo hecho la lesión ideal de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento.

⁵⁰ STS 861/97 de 11 de junio de 1997.

⁵¹ En la teoría del concurso de delito existen varias corrientes doctrinales, una se fija en la acción y otra en el resultado para determinar el concurso de delitos. El TS español ha variado de criterio en varias ocasiones, y si en la STS 861/97 de 11 de junio de 1997 se acercó al criterio del resultado al afirmar que: *si este (el sujeto) pretende alcanzar con la acción la totalidad de los resultados producidos – es decir, si el mismo actúa con dolo directo - y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos...estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real... Por el contrario, cuando la voluntad afecte directa y fundamentalmente a la acción, más no al resultado – es decir, cuando se actúa con dolo eventual ... estaremos en presencia de un verdadera concurso ideal*. Con esto el TS se aparta del criterio de la acción defendido en la STS de 23 de abril de 1992 (caso de Colza) [RJ 1992/6783], en la cual BACIGALUPO ZAPATER, actuando como ponente afirma que, *En cuanto que la norma sólo puede ser vulnerada por la acción no se justifica que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hecho dependan de los resultados producidos, pues el delito es ‘acción’, es decir, una modificación del mundo exterior reconducible a un querer humano*; Con respecto al ejemplo planteado, la doctrina española se divide entre la apreciación de un concurso ideal homogéneo de tantos homicidio o asesinatos como víctimas, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *El concurso de infracciones en la reforma penal*. Cuadernos de Política Criminal, nº. 61. 1997.pp.7-49.esp. p. 10; CUELLO CONTRERAS, J. *La frontera entre el concurso de leyes y el de delitos*. ADPCP. 1979. pp. 451-489. esp. pp. 466 y 467.y ss; y los que consideran este caso como un concurso real de delitos con una pluralidad de hechos. Véase, MIR PUIG, S. *Derecho Penal...ob.cit.* p.635; Una crítica de la STS de 11 de junio de 1997, así como un posicionamiento a favor del criterio mayoritario de la acción, puede encontrarse en, CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *La unidad y pluralidad de hechos en la teoría del concurso de delitos*. Revista del Poder Judicial. N.49. 1998. pp. 271-296; Véase comentario de la STS 12 marzo 1992 (caso Amedo) en, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. *Paradojas del caso Amedo*. Poder Judicial. Nº. 27. Septiembre de 1992. pp. 39-53. esp. p.46. El autor apoyo el criterio del resultado al afirmar, *Así, en el caso comentado, al producirse seis resultados diferentes... no estamos en presencia de un hecho, sino de seis hechos, tantos como resultados producidos*.

Por último, reincidir en el carácter alternativo de la comisión generalizada o sistemática, interpretación consolidada en la jurisprudencia internacional y en la doctrina científica⁵².

3. Elemento político

El precio que se hubo de pagar por configurar como alternativas las características generalizadas o sistemáticas fue, incluir un artículo⁵³ donde se señalaba que el ataque debería producirse de conformidad, con la política de un Estado o de una organización, de cometer esos actos para promover dicha política⁵⁴. Por lo tanto, este requisito es aplicable tanto al carácter generalizado como al sistemático del ataque. Conviene analizar el significado de la palabra ‘política’, ya que suele asociarse a dicho concepto un carácter estatal. Según el art. 7.2 de Estatuto, la política puede provenir de un Estado o de una organización, para la cual, al no especificar su naturaleza, nada se opone a que sean de tipo privado, criminal o terrorista, pues lo importante no es tanto la naturaleza de la misma⁵⁵ sino una necesaria estructura orgánica⁵⁶. Esto no significa que se desprenda del crimen contra la humanidad un tipo de responsabilidad por asociación ilícita como ocurrió en el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, sino que la responsabilidad individual del sujeto dependerá de si su acto criminal puede ser relacionado con una determinada línea de actuación previa o plan preconcebido.

Siguiendo el comentario nº 5 del art. 18 del tercer borrador, lo que se persigue es

⁵² La CDI defendió la alternatividad de estos elementos desde que fueron formulados en el borrador de 1991. Nueva York y Ginebra. 1991. Vol. II (segunda parte). pp. 111 y 112. Doc. A/CN.4.435; *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session*, 6 May to 26 July 1996. Suplemento. Nrº. 10.A/51/10. Comentarios 3 y 4 del art. 18. Accesible en <http://www.un.org/law/ilc/reports/1996/chap02.htm> (en adelante tercer borrador); Noveno Informe. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*. NACIONES UNIDAS; GÓMEZ BENÍTEZ, JM. *Elementos...*ob.cit. p. 1132; METTRAUX, G. *International crimes...*ob.cit. p.170; WERLE, G. *Principles of International Criminal Law*. La Haya: T.M.C. Asser Press. 2005. p. 226. Este autor afirma que son alternativos aunque generalmente en la práctica ambos son satisfechos; BOOT, M. *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*. Oxford: Intesentia. 2002.p. 477; RUEDA FERNÁNDEZ, C. *Delitos de Derecho Internacional*. Barcelona: Bosch. 2001.p.141; p. 477; BOLLO AROCENA, M.D. *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Bilbao: Universidad del País Vasco. 2004.; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 136; DIXON, en TRIFFTERER, O (ed.). *Commentary on the Rome Statute...*ob.cit.p. 126; VEST, H. *Humanitätsverbrechen...*ob.cit. pp. 457-498. esp. p. 468; Informe del Secretario General sobre TPIY. par. 48; *Prosecutor v. Kayishema*. Caso N. ICTR95-1-T. (Trial Chamber). 21 de mayo de 1999. par. 123. *The attack must contain one of the alternative conditions of being widespread or systematic; Prosecutor v. Jelacic*. IT-95-10-T. (Trial Chamber). 14 de diciembre de 1999. par. 53. Sentencia comentada por Michael Scharf y Greg Lombardi en, KLIP, A/ SLUITER, G. *Annotated...*ob.cit. Vol. 4. pp. 698-702.

⁵³ Art. 7.2. ER. y art. 7.3 de los Elementos del crimen.

⁵⁴ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...*ob.cit.p. 640; Sobre las propuestas en el Comité Preparatorio acerca de la exigencia del conocimiento del elemento político véase, ROBINSON, D. en, LEE, R. et. al. (eds.). *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley: Transnational Publishers. 2001. p. 72.

⁵⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos...*ob.cit. p.1131.

⁵⁶ Con respecto a la estructura, ha desaparecido la mención a grupos que hacía el tercer borrador . Art. 18. comentario nº.5. *The necessary instigation or direction may come from a Government or from an organization or a group. This alternative is intended to exclude the situation in which an individual commits an inhumane act while acting on his own initiative pursuant to his own criminal plan in the absence of any encouragement or direction from either a Government or a group or organization.*

evitar que el crimen contra la humanidad pueda ser cometido por personas individuales actuando por su propia iniciativa, y no limitar la naturaleza de las organizaciones idóneas. La gravedad de la figura criminal se basa en la escala y el sistema organizativo que reside detrás de las conductas delictivas, circunstancias que lo elevan a la categoría de crimen internacional.

El concepto ‘política’ no debe ser interpretado como la necesidad de la existencia de una declaración formal y programática de los pasos a seguir, sino que debe ser considerado en el sentido amplio el término⁵⁷, tal como planear, dirigir u organizar un ataque, como contraposición a los actos de violencia espontánea⁵⁸. Esta ‘política’ debe ser un concepto flexible, que pueda ser extraído de las circunstancias que rodean al ataque⁵⁹.

El término ‘Estado’ corresponde, no sólo a los 192 países que se reconocen a nivel internacional, sino también las fuerzas – paramilitares o no – que ejercen el gobierno y control *de facto* de una parte del territorio⁶⁰. Respecto al concepto de ‘organización’, éste no debe ser entendido como un grupo de personas que dirigen un sector – económico, social, político, ...- de un determinado territorio, sino que, al no especificarse, ni en el Estatuto ni en los Elementos de los Crímenes – el tipo de organización requerida, se podría entender como tal a un grupo de personas que cuenta con el potencial suficiente, material y personal, para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, como organizaciones paramilitares o terroristas⁶¹. Respecto al

⁵⁷ ROBINSON, D. *Defining...ob.cit.* pp 50 y 51; ROBINSON, D. ‘Crimes against humanity: Reflections on state sovereignty, legal, precision and the dictates of the public conscience’, en LATTANZI, F/ SCHABAS, W. (eds.). *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Ripa Fagnano Alto: Sirente. 1999. Vol.1. pp. 139- 181. esp. p. 161; Esta interpretación amplia del término lleva a McAULIFFE de GUZMÁN a afirmar que el elemento político en el Estatuto de Roma representa un elemento jurisdiccional que sirve a los jueces para determinar si el ataque alcanza el nivel de gravedad requerido para perfeccionar el crimen. McAULIFFE de GUZMÁN, M. *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity*. HRQ. 2000. N°. 22. Vol.II. pp. 335-403. esp. p. 380.

⁵⁸ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...ob.cit.* p. 645.

⁵⁹ La sentencia del TPIY en el caso *Blaskic* señala unas circunstancias que pueden ser interpretadas como evidencias de la existencia de un plan, aunque, en nuestra opinión, lo enuncia de un modo caótico, lo que impide que pueda cumplir el objetivo con el que la lista se redactó. Véase, ⁵⁹ *Blaskic* Trial Chamber. par. 204.

⁶⁰ En el sentido que se reconoce en las Rules of Procedure and Evidence del TPIY. IT/32/Rev.36. (última sesión adoptada el 11 de febrero de 1994). En la que en su Regla 2ª, ‘Definiciones’ se indica que el término ‘Estado’ se considerará: (i) *A State Member or non-Member of the United Nations*;...; (iii) *a self-proclaimed entity de facto exercising governmental functions, whether recognised as a State or not*; WERLE, G. *Völkerstrafrecht...ob.cit.* p. 645.

⁶¹ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...ob.cit.* p. 646; En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos...ob.cit.* p. 1131. *Desde luego, ninguna duda cabe sobre la idoneidad al respecto de las organizaciones para-estatales –estas últimas generalmente, además, para-militares-, es decir, del terrorismo o del tráfico ilegal de personas directa o indirectamente estatal, siempre que incluyan entre sus objetivos un ataque generalizado y sistemático a través de los actos típicos contra un sector de la población civil*; El mismo, *Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*. AP. 2002-3. marginales 1121-1138. esp. mar. 1128 y 1131; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J.L. *El proceso de aprobación y desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Revista española de Derecho Militar. N°. 86. p. 40; En contra de esta posición se encuentra la conocida teoría de BASSIOUNI, Ch. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. La Haya: Kluwer. 1999. p. 249, quien defiende que: ‘*Crimes against humanity*’ by virtue of their nature and scale require the use of governmental institutions, structures, resources and personnel acting in reliance upon arbitrary power uncontrolled by law.

concepto de organización, GIL GIL opina que sólo cuando ésta pueda ejercer el poder, neutralizando al Estado o controlando un determinado territorio, debe intervenir el Derecho penal internacional⁶². Esto no significa, según GIL GIL, que los actos deban ser realizados por agentes estatales o pertenecientes a la organización, sino que el crimen contra la humanidad sólo podrá perfeccionarse bajo la acción u omisión del poder establecido, *de jure* o *de facto*, en un determinado territorio⁶³.

Respecto a la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc no se ha tenido un criterio común con respecto a la necesidad de una conexión con una política preestablecida⁶⁴. Mientras que en las primeras sentencias del TPIY se consideraba como un elemento esencial del crimen contra la humanidad⁶⁵, otras descartaban su carácter constitutivo⁶⁶. La Corte de Apelación, a través del caso KUNARAC estableció el criterio a seguir, el cual afirmaba que ni el ataque ni los actos necesitan estar apoyados por una política o un plan, y que la existencia de estos podría ser evidentemente relevante, pero no por ello se debería considerar como un elemento material del crimen⁶⁷. Sin embargo, la jurisprudencia del TPIR se acerca más a la del plan o política como un elemento constitutivo de la figura criminal⁶⁸.

La incorporación de este elemento político ha vuelto a dividir a la doctrina acerca, de nuevo, del carácter acumulativo de las características ‘generalizado o sistemático’. El caballo de batalla de este debate se centra en considerar como conceptos diferentes o

⁶² Esta interpretación es cercana a la de BASSIOUNI, quien defiende que lo que eleva al crimen contra la humanidad a la categoría de crimen internacional, y lo distingue de los mismos delitos cometidos a escala doméstica, es precisamente la intervención de una política tipo estatal en la ejecución del mismo. BASSIOUNI, Ch. *Crimes...* ob.cit. pp. 249 y 250.

⁶³ GIL GIL, A. *Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord*. ZStW. 2000. N°. 113. pp. 381-397. esp. p. 392; GIL GIL, A. ‘Los crímenes contra la humanidad y el genocidio...’ ob.cit. pp.74 y 75; En el mismo sentido, AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current ...* ob.cit. p. 27. Estos autores opinan que el término ‘organización’ debe ser entendido como aquella entidad orgánica que ejerza el poder *de facto* en un territorio y pueda desarrollar una política, explícita o implícita, de comisión de crímenes contra la humanidad en el mismo. De este modo indican que no serían suficiente con que ejercieran un cierto poder, sino que la organización debe ser la que domine un territorio sin que exista ningún poder superior. En mi opinión, esta interpretación equipara el concepto de Estado al de organización, ya que lo que se exige es que se ejerza el poder efectivo más alto en un determinado territorio, dando igual que se denomine Estado, grupo, organización o movimiento. Desde el punto de vista aquí defendido, el Estatuto lo único que exige es una política – pauta de actuación – proveniente de una estructura organizada, que tenga el potencial suficiente para desencadenar un ataque contra la población civil, lo suficientemente grave para calificarse como crimen contra la humanidad. En este sentido, como indica GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Elementos...* ob.cit. p. 1128. *Lo decisivo no es la naturaleza y estructura de la organización, sino -según ha expuesto reiteradamente la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en los comentarios incorporados a los diferentes Borradores de Código previos al Estatuto de Roma- la exclusión de los actos individuales realizados por propia iniciativa*; BOOT, M. *Genocide, crimes against humanity, war crimes*. Antwerpen: Intersentia. 2002. p. 483. Desvincula la política de una organización con los actos provenientes de un aparato estatal.

⁶⁴ A esto contribuyó el silencio que guardaban los Estatutos sendos Tribunales Internacionales con respecto al elemento político, lo que favoreció las interpretaciones más variadas.

⁶⁵ *Tadic* Trial Chamber. par. 653; *Kupreskic* Trial Chamber. par.551; *Blaskic* Trial Chamber. par. 204.

⁶⁶ *Kordic et. al.* Trial Chamber. par. 182.

⁶⁷ *Kunarac* Appeal Chamber. par. 98.; *Vasiljevic*. Trial Chamber. par. 36; *Krnjelac* Trial Chamber. par. 58; *Simic* Trial Chamber. par. 44; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 120; *Kordic. et.al.* . Appeal Chamber. par. 98.

⁶⁸ *Akayesu* Trial Chamber. par. 580; *Kayishema- Ruzindana*. Trial Chamber. par. 124.; *Baglishema*. Trial Chamber. par. 77; *Rutaganda* Trial Chamber. par. 69.

similares la ‘política’ y la ‘sistematicidad’ del ataque. Afirma BOOT que art. 7.2 del Estatuto reintroduce el criterio sistemático como obligatorio al exigir que los actos se lleven a cabo de conformidad con una política de un Estado u organización. Por lo tanto, el ataque, debe ser siempre sistemático, por lo que la alternatividad se convertiría en acumulación de circunstancias⁶⁹. Para defender la similitud de conceptos se basa en la jurisprudencia de los TPIs ad hoc⁷⁰ y afirma, no sin razón, que en la mayoría de los casos no se ha distinguido entre ‘sistematicidad’, ‘política’ o ‘plan’, ya que los términos se han utilizado a modo de sinónimos⁷¹. Pero ante esta reflexión, hay que recordar que en los Estatutos de los TPIs no aparecía ninguna referencia al elemento político, por lo tanto, la jurisprudencia no se preocupó de distinguir dichos conceptos con una significación tan cercana y los utilizó como descriptores del término ‘sistemático’. Por otro lado, BOOT se olvida de varias resoluciones en las que la Corte de apelación del TPIY afirma que el plan o la política no pueden considerarse como un elemento material del tipo, distinguiéndolo claramente del requisito ‘sistemático’, parte constitutivo del tipo penal⁷². CLARK recurre a la cercanía de significación de ‘Organisational Policy’ con ‘systematic’ y de ‘múltiples actos’ con ‘generalizado’ para afirmar el carácter acumulativo de ambas características⁷³.

En contra de esta postura se encuentra, entre otros⁷⁴, ROBINSON, quien aduce que el término ‘sistemático’ requiere un nivel de organización y preparación mucho mayor que el de la ‘política’⁷⁵, el cual es un término flexible que no necesita ser formalizado y

⁶⁹ BOOT, M. *Genocide...*ob.cit.p. 481.

⁷⁰ Asimismo, BOOT se refiere al tercer borrador, art. 18, comentario nº.3, donde se afirma que actuar de modo sistemático significa hacerlo de acuerdo a un plan o política preconcebida. Pero esta definición conviene interpretarla junto a los demás factores que entran en juego, y comprobar que lo que exige el art. 18 es que el Estado, una organización o un grupo dirija o instigue el acto: Art. 18. comentario 5º: *The second condition requires that the act was ‘instigated or directed by a Government or by any organization or group’*. Esta exigencia es radicalmente distinta a la necesidad de actuar conforme a una política de un Estado o de una organización, ya que el efecto acumulativo aquí no se produciría puesto que el ataque podría ser generalizado o sistemático (siguiendo un plan o política) dirigido desde el Estado, una organización o grupo. Por lo tanto, Estado podría instigar a un ataque generalizado contra un colectivo sin la existencia de un patrón político o un plan preconcebido. De este modo, aunque la sistematicidad se asimila a la comisión de un plan o política en este borrador, es necesario poner todos los elementos que afectan a las circunstancias del ataque antes de sacar las conclusiones del mismo.

⁷¹ BOOT, M. *Genocide...*ob.cit. p. 481.

⁷² *Kunarac. Appeal Chamber*, par. 98. *There was nothing in the Statute or in customary international law at the time of the alleged acts which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes. As indicated above, proof that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic, are legal elements of the crime. But to prove these elements, it is not necessary to show that they were the result of the existence of a policy or plan. It may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic (especially the latter) to show that there was in fact a policy or plan, but it may be possible to prove these things by reference to other matters. Thus, the existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime; Blaskic Appeal Chamber. par. 120.; Vasiljevic. Trial Chamber. par. 36.*

⁷³ CLARK, R. “Crimes Against Humanity and the Rome Statute of the International Criminal Court”, en POLITI, M (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Aldershot: Ashgate. 2001. pp. 75-91. esp. p. 91.

⁷⁴ Véase también las posiciones de, MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 140

⁷⁵ Aunque un ataque sistemático, generalmente se basara en una pauta de actuación, plan o política previa. MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 141.

puede ser inferido del carácter que tomen los acontecimientos⁷⁶. El autor se apoya en que, en el texto propuesto por Canadá en las discusiones previas a la aprobación del Estatuto, aparecía la frase ‘policy to commit such acts’ pero que fue cambiada, a iniciativa de la asociación Women’s Cacus for Gender Justice, a ‘policy to commit such attack’, debido a que la política no necesitaba ser tan específica para determinar el acto- violaciones, por ejemplo - , sino que debería ser un instrumento de naturaleza general⁷⁷.

Por otro lado, aunque el carácter sistemático lleve aparejado la preexistencia de algún tipo de plan, nada impide que un ataque generalizado se llevare a cabo, siguiendo una política de tipo general, sin que eso signifique la acumulación con el requisito de sistematicidad. Pongamos un ejemplo: En un Estado X, aparece una organización Y con el fin de acabar con los habitantes de un territorio para realizar allí excavaciones petrolíferas. Con ese fin, una noche se envenena el pozo que surte a la población y a la mañana siguiente están todos muertos. En este caso se podría afirmar que existe una política finalista tendente a desalojar un territorio de sus habitantes, y un ataque con la población concretado de un modo meramente generalizado.

AMBOS /WIRTH defienden un planteamiento similar desde otro punto de vista. Estos autores, partiendo de su concepción de organización como poder fáctico superior de un territorio, defienden la misma posibilidad – ataque únicamente generalizado - en el caso de que se produjese una política de tolerancia o inactividad del Estado o la organización. Por ejemplo, si en un territorio se desencadenara una ola de violencia contra un grupo indígena y el Estado llevara a cabo una política de tolerancia que claramente transcurriera su aquiescencia o voluntad de acabar con ese grupo indígena – no impidiendo las matanzas, no deteniendo a los culpables, recompensando con buenos puestos a los asesinos, etc. – . En este caso, la política se manifestaría como inacción – un dejar hacer- que en nada implicaría la aparición del elemento sistemático de forma acumulativa⁷⁸.

Este planteamiento nos sitúa a las puertas de otro debate que debe ser abordado: la necesaria implicación *activa* del Estado o la organización en ataque. El Estatuto en el art. 7.2 simplemente indica que el ataque se debe llevar a cabo de conformidad con la política del Estado o la organización (o para promoverla). El conflicto aparece en los elementos del crimen, donde en el art. 7.3 se afirma que,

⁷⁶ ROBINSON, D. *Crimes Against Humanity*...ob.cit. pp.161 y 162; En el mismo sentido, ROBINSON, D. *Defining*...ob.cit. p. 47.

⁷⁷ ROBINSON, D. *Crimes Against Humanity*...ob.cit. p. 162; Este mismo ejemplo lo cita BOOT, M. *Genocide*...ob.cit. p. 480. pero alude a la causa de transformación de la frase al hecho de que la referencia a los actos podría ser interpretada como la necesidad de que la política específicamente ordenara la clase de delitos que deberían ser cometidos - por ejemplo, violaciones - .

⁷⁸ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current Law of Crimes Against Humanity*.CLF. 13. 2002. p. 30 y 31; MESEKE, S. *Der Tatbestand*...ob.cit.p. 144.

Se entiende que la ‘política. de cometer esos actos’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.

Sin embargo, la aparente claridad de este artículo se difumina al comprobar el contenido de su nota nº. 6 que complementa el texto e indica que,

La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se llevaría a cabo mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.

Por lo tanto, encontramos un artículo general que afirma que la ‘política’ requiere un aliento activo por parte del Estado o la organización, enmendado por una nota a pie de página indicando que en circunstancias excepcionales esta ‘acción’ se podría llevar a cabo por una ‘omisión deliberada de actuar’. Ante esta contradicción en el articulado de los ‘Elementos de los crímenes’, conviene recordar que según el art. 9 del Estatuto, ese instrumento – los Elementos – debe ser entendido como auxiliar a la hora de interpretar los Art. 6, 7 y 8, y debe ser compatible con lo dispuesto en el Estatuto⁷⁹. Por esta razón, ha de analizar el significado del art. 7.2 del Estatuto para comprobar si pudiera derivarse de los Elementos del crimen una interpretación *contra legem*.

De la interpretación del mismo se puede determinar que lo exigido es que los actos que compongan la línea de conducta - ataque - se lleve a cabo conforme a la política de un Estado u organización, o en todo caso para promoverla. No se encuentra en esta redacción ninguna exigencia de implicación activa en la comisión de los actos por parte de una entidad orgánica, sino del establecimiento de un contexto donde los autores puedan actuar, incluso por propia iniciativa, de una manera individual o concertada.

Respecto al art. 7. 3. de los Elementos se exige que *el Estado o la organización promuevan o aliente activamente un ataque de esa índole contra la población civil*. Por lo tanto, no sería suficiente con el establecimiento de un contexto, sino que sería necesario un acto de apología o propaganda para animar a llevar a cabo la línea de conducta. Este artículo no excluye la iniciativa de individuos que, habiendo recibido el mensaje de violencia, actúen por cuenta propia en dicho contexto⁸⁰. Ello sería constitutivo de crímenes contra la humanidad, ya que no se puede identificar dicha redacción

⁷⁹ Art. 9. Elementos del crimen: 1. *Los Elementos del crimen, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7 y 8 del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes ; (...).* 3. *Los Elementos del crimen y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.*

⁸⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Elementos...*ob.cit. 1134; En el mismo sentido, SCHABAS, W. SCHABAS, W, en, KLIP, A/ LUITER, G. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals: The international Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999*. Viena: Intersentia. 2001. Vol.II. p. 44; ROBINSON, D. *Crimes...*ob.cit. p. 163; GIL GIL, A. A. *Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Völkermord*. ZStW. 2000. Nº. 113. p. 390.

como la exigencia de que el Estado o la organización tomen parte activa – cometiendo actos criminales – para que el tipo pueda ser perfeccionado.

Pero el conflicto llega de la mano de la nota nº. 6. al exigirse en el primer párrafo que: *La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se llevaría a cabo mediante la acción del Estado o de la organización*. Aquí ya no se conforman con actos de aliento, sino que parece interpretarse como imprescindible la participación de los órganos estatales o de miembros de la organización en la ejecución del plan. Esta conclusión podría llegar a considerarse *contra legem*⁸¹ pues establece una identidad entre los que establecen la política y quienes la ejecutan, algo no exigido ni en el Estatuto, ni en la jurisprudencia de los TPIs⁸². Sin embargo, en un alarde de intentar compaginar varias exigencias, se indica que, *esa política, en circunstancias excepcionales, podría llevarse a cabo por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo*. Por lo tanto, se deja la puerta abierta a que la tolerancia manifiesta de un Estado respecto a la comisión de crímenes en un contexto determinado y conocido, pueda ser considerada como la ‘política’ exigida en el Estatuto. Ésta, continúa la nota 6, *no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*. Estos párrafos *in fine* denotan el difícil equilibrio entre los intereses de los distintos países que tuvo que superar la CPI para completar su nacimiento. Si bien es cierto que estos párrafos reconocen que en muchas ocasiones la tolerancia del Estado se puede considerar un tipo de ‘aliento activo’ a los criminales – no protegiendo a la población, evitando la persecución de los responsables, ordenando a las fuerzas de seguridad que no intervengan ante la comisión de determinados delitos ...- es preocupante el término de ‘circunstancias excepcionales’ y la exigencia de otros elemento probatorios además de la inacción del Estado. La pasividad frente a los actos conformadores del ataque demuestra una política de aliento a la comisión de los mismos⁸³, sin que pueda esta conclusión

⁸¹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Elementos...*ob.cit. p.1130 ; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 143. *Das Verbrechen des aktiver Förderung oder Unterstützung durch den staatlichen Machtapparat oder eine nicht-staatliche Machtorganisation steht jedoch im klaren Widerspruch zum Römischer Statut*.

⁸² *Kunarac* Appeal Chamber. par. 98.; *Prosecutor vs. Vasiljevic*. Sentencia de 29 de noviembre de 2002. Caso Nº. IT-98-32-T. (Trial Chamber). par. 36 ; *Prosecutor vs. Kmojelac*. Sentencia de 15 de marzo de 2002. Caso Nº. IT-97-25-T (Trial Chamber). par. 58; *Simic* Trial Chamber. par. 44.; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 120; *Kordic*. et.al . Appeal Chamber. par. 98.

⁸³ En este sentido véase, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. *Elementos ...*ob.cit. p. 1130. *Considerar que la pasividad ante esos crímenes generalizados y sistemáticos no demuestra por sí sola una determinada política de aliento o promoción de los mismos es, de nuevo, irracional y arbitrario, y abre la puerta a la impunidad en todos aquellos casos en los que la notoriedad no sea parte de la política de cometer crímenes contra la humanidad*; BOOT. M. *Genocide...*ob.cit. p. 484. *[...]la policy not to take action to prevent or punish the commission of such crimes may be part of ‘ course of conduct... against the civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack’*; GIL GIL, A. *Verbrechen...*ob.cit. p. 385 y 392. Partiendo desde su perspectiva de organización como entidad que mantiene el poder, *de jure* o *de facto*, sostiene que, *Es würde also ausreichend, den Tatbestand auf die Fälle zu erstrecken, in denen sich die juristische oder faktische politische Macht an dem tatbestandsmäßigen Verhalten beteiligt oder es duldet*; LAMPE, E.J. „Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, en HIRSCH, H. J. . Et. Al. (eds). *Festschrift für Günter Kohmann*. Colonia: Dr. Otto Schmidt. 2003. pp. 147- 185. esp. p. 162. *Rechtspredung und Lehre sehen es daher für ein Verbrechen nach Art.7 ISiGH-Statut als ausreichend an, wenn Staat die ausgedehnte oder Systematische Begehung von Menschenrechtsverletzungen lediglich duldet*; VEST, H. *Humanitätsverbrechen ...*ob.cit. p. 470; AMBOS, K/ WITH, S. *The Currentt ...*ob.cit.p.31.

extenderse a los casos en que la autoridad no es capaz de detener estos crímenes por negligencia o imposibilidad manifiesta (*ultra posse nemo obligatur*)⁸⁴, ya que la mera oposición pública del Estado o la organización destruiría la promoción tácita del ataque. Por lo tanto, si la norma general exigiera la implicación activa del Estado o la organización, podría representar la persistencia de ‘la puerta entornada’ por donde podría seguirse colando la sombra de impunidad.

La ‘política’ del Estado o de la organización puede manifestarse activamente participando los miembros de alguno de estos entes en la ejecución de actos criminales, alentando o promoviendo dicho plan, o simplemente tolerando que en su territorio se lleve a cabo un determinado ataque⁸⁵ sin oponer un mínimo de resistencia o manifestarse, en último caso, en su contra⁸⁶. Junto a MESEKE considero, basándonos en la falta de exigencia del elemento político en la costumbre internacional⁸⁷, que el requisito del art. 7.2. a) del Estatuto se podría interpretar como una limitación jurisdiccional de la CPI, pero en ningún caso como restricción del tipo penal⁸⁸.

4. Contra cualquier población civil

El Estatuto de Roma en su versión original en inglés utiliza el término ‘against any civilian population’⁸⁹, algo que en mi opinión, y teniendo en cuenta las razones y el espíritu por el que se creó la figura del crimen contra la humanidad, debería ser traducido como ‘cualquier población civil’. Sin embargo, en la traducción oficial del Estatuto al español se utilizan los términos ‘una población civil’⁹⁰. Esta apreciación puede considerarse como nimia pues ambos términos podrían significar lo mismo en castellano, pero el adverbio ‘cualquier’ recuerda, en este contexto, que la propia población civil de un Estado también puede ser el sujeto pasivo del crimen⁹¹, algo que el término ‘una’ no excluye pero tampoco señala de un modo claro.

Desde la primera enunciación del crimen contra la humanidad, su objeto específico ha sido la población civil. Llama la atención al enfrentarse con este concepto que ni en

⁸⁴ AMBOS, K/ WITH, S. *The Current ...*ob.cit.p. 32.

⁸⁵ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...*ob.cit. p. 646; Respecto a la jurisprudencia de los TPIs véase, *Kupreskic*. Trial Chamber. par. 552; *Tadic*. Appeal Chamber. Caso. N° IT 94-A y IT 94-Abis, de 26 de enero de 2000. Voto particular del juez Cassese. par. 14.

⁸⁶ La política de tolerancia o pasividad podrá derivarse, en la mayoría de los casos, de la inacción de un poder estatal, ya que las organizaciones privadas no tienen el deber de garante propio de un estado. Pero en los casos en que una organización paramilitar o política sea la que *de facto* domina un determinado territorio, la política de tolerancia se le podría imputar de forma similar.

⁸⁷ METTRAUX, G *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia via and for Rwanda*. Harvard International Law Journal Vol 43. Número 1. 2002. p. 281-282

⁸⁸ MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 140. *Das Politik-Element ist deshalb keine tatbestandliche Einschränkung, sondern lediglich eine Beschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes.*

⁸⁹ Accesible en, http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_120704-EN.pdf

⁹⁰ Traducción oficial al español disponible en la siguiente página web de la Organización de Naciones Unidas. [http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

⁹¹ SCHWELB, E. *Crimes against Humanity*. BYIL. 23. 1946. p. 188; AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 22; ROBINSON, D. *Defining...*ob.cit. p. 51; BOOT, M. *Genocide...*ob.cit.p.485; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 149

el Estatuto de Roma ni en los Elementos exista una definición o unas notas interpretativas para ayudar a determinar el concepto de población civil⁹². De la redacción el art. 7 del Estatuto se puede determinar que el ataque es el que debe ir dirigido contra una población civil⁹³. Los actos se cometen como parte del ataque, por lo tanto, en buena lógica, compartirán el mismo objeto, aunque el hecho de que determinados actos se dirijan contra sujetos que no pertenezcan a la población civil no desvirtuaría, la calificación de ataque en el sentido requerido.

Tampoco se puede interpretar que el ataque se deba dirigir contra toda la población de un territorio, pues lo que esta redacción persigue es excluir los actos aislados de violencia⁹⁴, más que exigir el ataque contra la totalidad de una ciudadanía. Sería suficiente un número relevante de víctimas de distintos actos para superar la interpretación de unos actos meramente producidos por causa del azar⁹⁵.

El carácter ‘civil’ de la población representa una herencia del momento en que fue redactado el tipo y que ha permanecido invariable a través de los años⁹⁶. Sobre el método de cómo determinarlo no existe unanimidad doctrinal. El sistema excluyente de quien no es militar, es civil, se queda a menudo corto cuando se producen ataques contra soldados convalécientes en hospitales⁹⁷ o fuerzas de combate que han depuesto las armas y se encuentran entre la población civil. En este ámbito hay que tener en cuenta dos principios derivados de la jurisprudencia del TPIY. Primero, la existencia de soldados entre la población no desvirtúa el carácter civil de la misma⁹⁸, y segundo, en

⁹² RODRÍGUEZ-VILLASANTA y PRIETO lo achaca a que ésta ya está definida en el art. 50 del Protocolo I de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra. Pero si esta fuera la definición aceptada, nada habría impedido referirse a este artículo de un modo directo, algo que no sucede en el art. 7 del ER. Véase, RODRÍGUEZ – VILLASANTA y PRIETO, J.L. *El proceso...* ob.cit. pp. 27-51. esp. p. 39.

⁹³ *Kunarac Trial Chamber*. par. 421. *The expression ‘directed against’ specifies that in the context of crime against humanity the civilian population is the primary object of the attack.*

⁹⁴ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current ...* ob.cit.p.21; DIXON, R. *Crimes ...* ob.cit. p. 127; BOOT, M. *Genocide...* ob.cit.p. 485; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 148.

⁹⁵ *Kunarac*. Appeal Chamber. par. 90; *Baglishema*. Trial Chamber. par. 80; *Tadic*. Trial Chamber. par. 644; *Stakic* Trial Chamber par. 624; *Simic et al.* Trial Chamber. par. 42; ROBINSON, D. *Crimes...* ob.cit.p.156. Este autor afirma que, [...] *the phrase ‘against any civilian population’ has consistently been interpreted as requiring an element of scale.*

⁹⁶ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p. 22. Estos autores califican la exigencia del carácter civil de las víctimas como una reliquia del origen del crimen contra la humanidad en las leyes de la guerra; BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 487. Esta autor señala como durante la Conferencia de Roma se sugirió suprimir el término civil y así incluir a las personas con estatus militar que no tomaran parte activa en el desarrollo de un conflicto armado. Finalmente esa propuesta fue rechazada; En el mismo sentido, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 155.

⁹⁷ *Mski* Rule 61 Decision. pars 29 y 32 (Hospital de Vukovar).

⁹⁸ *Tadic* Trial Chamber.par. 639; *Akayesu* Trial Chamber. par. 582; *Kayishema – Ruzindana* Trial Chamber. par. 128; En *Kupreskic* el Tribunal de primera instancia da una vuelta de tuerca más al relacionarlo con las actividades de la ‘Resistencia’ y afirma que *[t]he presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian and those actively involved in a resistance movement can qualify as victims of crimes against humanity.* *Kupreskic*. Trial Chamber. par. 549; *Blaskic* Trial Chamber. par. 214; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 113. Aunque esta misma Cámara, en su párrafo 115 advierte que cuando entre la población civil se encuentren soldados en activo, habrá de examinarse su número para determinar si esta presencia priva a la población de su carácter civil: *Thus, in order to determine whether the presence of soldiers within a civilian population deprives the population of its civilian character, the number of soldiers, as well as*

caso de duda se debe presumir la característica de civil⁹⁹. Considero que la pertenencia o no al objeto de protección del crimen debe ser analizada en cada caso concreto, y teniendo en cuenta el significado y método de conducta empleado, el estatus de la víctima, la actividad desarrollada en el momento del ataque, el número, la naturaleza discriminatoria del ataque y de los crímenes cometidos, la resistencia a los atacantes en el tiempo, y, en el caso de que se estuviera en el ámbito de un conflicto armado, si se cumplieron o no los requerimientos de las leyes y costumbres de la guerra¹⁰⁰. Por lo tanto, no sería deseable la exclusión automática de los miembros y fuerzas de seguridad del Estado, o de aquel que pueda pertenecer a las *hors de combat* o porte armas en un momento determinado, sin haber llevado a cabo un análisis de sus funciones y actividad que se desarrollaba en el momento del ataque¹⁰¹.

En un ámbito apartado del conflicto armado, es decir, en tiempos de paz¹⁰², sería necesario delimitar el estatus de los miembros que pertenecen a las fuerzas de orden público estatal. WERLE afirma que no se pueden considerar como civiles si ejercen su poder en contra, precisamente, de la población civil¹⁰³. Pero qué sucedería si el objeto del ataque lanzado por una organización paramilitar fueran, precisamente los miembros de las fuerzas del orden público estatal. En ese caso, si el resultado y la conducta típica coincidieran con el descrito en el art. 7.1 del Estatuto de Roma, considero que ese colectivo puede ser considerado como sujeto pasivo de crímenes contra la humani-

whether they are on leave, must be examined.

⁹⁹ Kunarac Trial Chamber. para. 426; Art. 50(1) del Primer Protocolo Adicional; En el mismo sentido, Simic Trial Chamber. par. 42; Naletilic Trial Chamber .par.235; Krnojelac Trial Chamber . par. 56;

Art. 51 del Primer Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra de 1949.

¹⁰⁰ Kunarac. Appeal Chamber. par. 91.

¹⁰¹ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...*ob.cit. p. 631. *Entscheiden ist dabei nicht der förmliche Status, etwa die Zugehörigkeit zu bestimmten Streitkräften oder Einheiten, sondern die tatsächliche Rolle im Zeitpunkt der Tatbegehung*; SWAAK- GOLDMAN, tras situar en el contexto histórico el porqué de la exclusión de los miembros de las fuerzas armadas – ya estaban protegidos por las leyes y las costumbres de la guerra, aboga por una flexibilización de término civil. SWAAK-GOLDMAN, O. ‘Crimes Against Humanity’, en, Mc DONALD, K/ SWAAK-GOLDMAN, O (eds). *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*. La Haya: Kluwer International Law. 2000. Vol. I. pp. 145-168. esp. p. 154. *Rather, most modern conflicts are non-international in nature and many involve civilians who at various points in time to take up arms. Thus, a formalistic distinction based upon membership in the armed forces no longer suffices for deciding whether a prohibited act against a certain victim qualifies as a war crime or a crime against humanity. Rather, a more flexible approach toward civilian status is required*; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 153. *Es sollte dann weniger auf den Status, als auf die spezifische Situation ankommen, in der sich das Opfer befindet*; En relación con la jurisprudencia del TPIY, la Corte afirma en *Blaskic*. Trial Chamber. par. 214. [...] *the specific situation of the victim at the moment the crimes were committed, rather than his status must be taken into account in determining his standing as a civilian*; Según MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J.L. *El concepto de crímenes contra la humanidad*. Revista Española de Derecho Militar. N.º 75. 2000.p. 223. *Los crímenes de lesa humanidad sólo pueden cometerse contra la población civil, comprendiéndose en tal concepto a los no combatientes, ora civiles, ora militares heridos o que hayan depuesto las armas e incluso los grupos de resistencia*.

¹⁰² En tiempos de paz desaparece la división entre combatientes, no combatientes y población civil. BOOT.M. *Genocide...*ob.cit. p. 489. Refiriéndose a la comisión del crimen contra la humanidad en tiempos de paz la autora señala que: *Here I should like to raise the question what the term ‘civilian’ means in the context of a situation where no armed conflict occurred, and where, therefore, a distinction between combatants and non combatants is irrelevant*; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 153. afirma que: *Eine Klare Begrenzung des Begriffs der Zivilbevölkerung in Friedenzeiten wird bislang aber noch nicht vorgenommen*.

¹⁰³ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...*ob.cit.p.632.

dad¹⁰⁴. Pero frente a todo el abanico interpretativo que se abre ante al término población civil se debe tener presente el art. 22 del Estatuto de Roma, titulado *nullum crimen sine lege*. En su apartado segundo se afirma que, *La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada a favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena*. Por lo tanto, en los términos interpretativos que se señala en el Estatuto, independientemente que el ataque se produzca en tiempos de guerra o de paz, el carácter civil de la persona debe entenderse como contraposición al militar¹⁰⁵. A todas luces resulta incoherente que el instrumento interpretativo por excelencia del Estatuto de Roma, es decir, los Elementos - guarde silencio acerca del significado exacto que debe otorgársele al término 'civil', pues la interpretación estricta del concepto puede provocar áreas de desprotección frente a determinadas víctimas.

5. Elemento intencional

La configuración del elemento subjetivo del crimen contra la humanidad en el Estatuto de Roma se apoya en tres puntos interconectados. El primero corresponde a la explícita mención del conocimiento del ataque en el art. 7.1¹⁰⁶. El segundo se encontraría en la formulación de cada tipo específico del art. 7. en los Elementos de los

¹⁰⁴ AMBOS, K / WIRTH, S. *The Current ...* ob.cit. pp. 24 y 25. Estos autores recuerdan que en tiempos de paz es la única ley penal internacional aplicable – con la excepción de la restringida regulación del genocidio - en la protección de los Derechos humanos. Por lo tanto, el término civil debe ser interpretado en tiempos de paz de un modo más amplio que en tiempo de guerra. El término 'civil' como elemento del crimen contra la humanidad, según estos autores, debe ser puesto en común con la definición de civil en la ley humanitaria. Y al mismo tiempo, su ámbito de aplicación debe ser ampliado para que cubra a todas las personas no protegidas por esta ley, especialmente en tiempos de paz; SCHWELB, E. *Crimes...* ob.cit. p. 191; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 156. *Im Falle einer ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen 'Angehörige der eigenen Streitkräfte' in bewaffneten Konflikten und insbesondere zu Friedenszeiten, kommt die Strafbarkeit wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit daher grundsätzlich in Betracht*; ZIMMERMANN, A. *Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*. ZaöRV. 1998. pp. 47- 108. esp. 56. Desde la perspectiva de la desprotección de los militares bajo algunos supuestos del Derecho internacional humanitario.

¹⁰⁵ BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. pp. 489 y 490. Interpreta el término 'civil', en concordancia con el art. 22 del ER, en contraposición con el estatus adquirido por las personas que tengan el deber de mantener el orden público y estén legitimadas para el ejercicio de la fuerza, las cuales puede ser o no militares. Siguiendo este razonamiento afirma que del mismo modo se podrían considerar excluidas del estatus civil a las personas que ejercieran el control *de facto* o la autoridad sobre un territorio con uso de la fuerza y ante una autoproclamación de poder ilegítimo. De este modo, según el autor, no se violaría el principio del art. 22 del Estatuto de Roma. Esta segunda afirmación aporta poca luz al supuesto en que, el poder *de facto* establecido llevara a cabo una matanza contra los miembros de las fuerzas legítimas de orden público. ¿Se podría interpretar que se ha cometido un crimen contra la humanidad debido a la exclusión del carácter 'civil' de los perpetradores? En los términos estrictos del art. 22 probablemente no. De poco sirve excluir a los perpetradores del crimen del estatus 'civil', ya que el debate debe centrarse en el sujeto pasivo del mismo, pues ninguna disposición determina una concreta característica para poder ser considerado como sujeto activo del crimen contra la humanidad; En el mismo sentido que BOOT, véase, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 154. *Es erscheint insoweit angemessen, alle Personen vom Begriff der Zivilbevölkerung auszunehmen, welche de jure oder tatsächlich jegliche Art von „Führungsgewalt und Kontrolle“ gegenüber anderen ausüben können*; Según la jurisprudencia del TPIR en *Kayishema & Ruzindana*. Trial Chamber. ob.cit. par. 127. donde se plantean el estatus civil en un contexto alejado del conflicto armado, la policía y la 'Gendarmerie Nationale' no podrían ser considerados como civiles.

¹⁰⁶ 7.1. ER. 'A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen contra la humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento del ataque'. (Resaltado propio).

crímenes, donde todas las conductas típicas comprendidas incluyen un párrafo *in fine* que indica:

*Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.*¹⁰⁷

El tercer pilar de interpretación se encuentra recogido en el punto 2º de la Introducción del art. 7. de los Elementos de los crímenes.

*Los dos últimos elementos*¹⁰⁸ *de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de promover un ataque de esa índole.*

Por lo tanto, para analizar el dolo requerido es necesario tener en cuenta las concreciones realizadas sobre el tipo general en este artículo de los Elementos. Comencemos con la exigencia redundante del art. 7 y *con conocimiento del ataque*. Esta aclaración ha sido calificada por varios autores como declarativa¹⁰⁹, ya que no aporta nada nuevo a la exigencia del art. 30.3 ER, aunque sí pudiera entenderse como una exclusión del elemento volitivo en caso de que se dudara la calificación del ataque/contexto como circunstancia¹¹⁰. Pero esta exigencia tiene una segunda lectura encaminada a determinar esta circunstancia como un elemento objetivo del tipo penal que debe ser abarcado por el dolo. Esto es debido a que se planteó por algunos Estados, en las discusiones preparatorias, que el conocimiento del ataque no debería ser exigido ya que la existencia del ataque sólo podría constituir un elemento jurisdiccional¹¹¹ - entendiendo como tal un requisito previo que al existir faculta al tribunal competente a conocer del asunto -, no una condición para que el tipo se perfeccionara. Por lo tanto no sería necesario que el dolo del autor tuviera que abarcar este elemento

¹⁰⁷ Resaltado propio.

¹⁰⁸ Refiriéndose también al párrafo antepenúltimo, constantemente repetido en cada tipo específico, el cual señala que: *Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.*

¹⁰⁹ AMBOS, K. *Some Preliminary...* ob.cit. p. 27; AMBOS, K. *La Parte ...* ob.cit. p. 401; WERLE, G. *Völkerstrafrecht...* ob.cit. p. 651; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 166. *Die Bezugnahme ist deklaratorisch und bestätigt lediglich die allgemeinen Anforderung nach Art.30 Abs.3. IStGH-Statut.*

¹¹⁰ En opinión de McAULIFFI de GUZMAN, M. *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity.* HRQ. 2000. Nº. 22. Vol.II. p. 379. *This requirement of intent and knowledge, of course, does not apply to the chapeau elements of crimes against humanity since the chapeau states that knowledge alone sufficient.*

¹¹¹ BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 490; ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 51; WERLE, G. *Völkerstrafrecht...* ob.cit. p. 651. nota.84 y p. 295; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 165.

que el dolo del autor tuviera que abarcar este elemento jurisdiccional. Sin embargo, esta interpretación podría desencadenar consecuencias injustas ya que alguien podría ser considerado responsable de la comisión de un crimen contra la humanidad aunque no hubiera sido consciente de la existencia de un ataque¹¹² o de la relación de su acto con el mismo. Asimismo, en la redacción ‘con conocimiento de dicho ataque’ ha de verse la intención del legislador de conectar el dolo al ataque en general, frente a la propuesta de la delegación canadiense que defendió la frase ‘...when knowingly committed...’¹¹³, ya que de este tipo de redacción se podría haber interpretado como la necesidad de que el autor conociera todos los detalles de la ataque para completar la *mens rea*¹¹⁴.

Una vez establecido el conocimiento del ataque, entendido éste como una circunstancia objetiva del tipo que debe ser abarcada por el dolo, cabe preguntarse hasta dónde debe llegar ese conocimiento. Es decir, ¿es necesario conocer la política o el plan? ¿y las características de ‘generalizado o sistemático’? ¿Cómo debe ubicarse este conocimiento, en el dolo genérico o en un elemento subjetivo especial? ¿Sería suficiente un conocimiento probable para perfeccionar el tipo? Todas estas cuestiones se han ido planteando en el marco del crimen contra la humanidad y se analizarán a continuación para intentar determinar qué ámbito deberá cubrir el conocimiento y qué grado deberá alcanzar el mismo

Ya que el ataque se debe llevar a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización – art. 7.2 Estatuto – algunas propuestas como la de Canadá contenían el requisito de que el conocimiento abarcara la política para cometer semejantes actos¹¹⁵. Pero esta inclusión no sólo habría creado ambigüedad al elemento subjetivo del tipo¹¹⁶, sino que además se argumentó que para fundamentar la responsabilidad del acusado se tendría que probar el elemento teleológico de ‘terceras partes’¹¹⁷ -los directores de la política - y compararla con las intenciones del acusado para comprobar si comulgan con la misma. Esta conclusión podría convertirse en una vía de escape para los autores que cometieran las conductas delictivas en un contexto propicio, pero sobre los que no se pudiera probar un conocimiento sobre los detalles y fines de una política o plan que, en la mayoría de los casos, está reservada a unos pocos

¹¹² ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 51; WERLE, G. *Principles ...* ob.cit.p.111. Considera esta interpretación como irreconciliable con el principio de responsabilidad criminal y culpabilidad.

¹¹³ Von HEBEL. H/ ROBINSON, D, en LEE, R.(ed.) *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*. La Haya: Kluwer International Law. 1999. p. 98. nota. 55. La propuesta original de Canadá rezaba de la siguiente forma: *For the purpose of the present Statute, a crime against the humanity means any of the following acts when knowingly committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population.*

¹¹⁴ AMBOS, K. *La Parte...* ob.cit. p. 406.

¹¹⁵ Von HEBEL. H/ ROBINSON, D, en LEE, R.(ed.) *The International...* ob.cit. p. 95. La propuesta de Canadá del art. 7. 2 (a) rezaba del siguiente modo: *[a] course of conduct involving the commission of multiples acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or knowingly in furtherance of a governmental or organizational policy to commit such acts.*

¹¹⁶ McAULIFFE de GUZMAN, M. *The Road...* ob.cit.p. 380.

¹¹⁷ Von HEBEL. H/ ROBINSON, D, en LEE, R.(ed.) *The International....* ob. cit. pp. 95-96. n.47; BOOT. M. *Genocide...* ob.cit. pp. 490-491. *If the Canadian proposal was retained, the Prosecutor would have had to prove the mental element of the individuals engaging in the attack rather than the mental element of the accused.*

dirigentes del ataque¹¹⁸. Respecto al grado de conocimiento del contexto, es conveniente tener presente que los propios Elementos de los crímenes recuerdan que no se tiene que exigir que el autor tuviera conocimiento de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización¹¹⁹. Ello ha llevado a algún autor a señalar al plan o la política como un elemento meramente jurisdiccional necesario para que tribunal pueda conocer del crimen, al alcanzar éste un determinado nivel de peligrosidad que supere la consideración de un acto aislado¹²⁰. Sin embargo, el autor de un crimen contra la humanidad debe ser consciente de la existencia de un ataque en general y de que su acto, al ser realizado en dicho contexto, estaría relacionado con el mismo, sin que le sea exigible la conciencia de la existencia de una determinada política o plan¹²¹.

Respecto al conocimiento de los caracteres del ataque, es decir, generalizado o sistemático, Canadá y Alemania propusieron en el Comité Preparatorio de los Elementos de los crímenes que no fuese exigido el conocimiento de dichas circunstancias¹²². Estas delegaciones defendieron que el conocimiento del ataque en sí mismo, y no necesariamente su carácter, sería suficiente para satisfacer el principio de *mens rea* y equidad del acusado¹²³.

Sin embargo, otras delegaciones encabezadas por EE.UU y Francia defendían la necesidad del conocimiento de estas características para completar la *mens rea* del

¹¹⁸ Debido a esta razón no se exige la intención además del conocimiento, ya que sería un sin sentido exigir un elemento intencional en donde la voluntad del autor no puede influir para dirigir el ataque de una u otra manera, sino simplemente puede ser una de las herramientas para que este se lleve a cabo. Véase, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 166; En el caso que el autor pudiera decidir con su acto la perfección o no del ataque sería exigible el conocimiento y la voluntad, pero esta hipótesis sería casi irrealizable conforme a la configuración del tipo; AMBOS, K. *La Parte...* ob.cit. pp. 402-403. *Si se exige un conocimiento preciso por parte del autor de la política o plan sobre el que se basan los crímenes contra la humanidad, entonces difícilmente se podría demostrar el conocimiento de alguno de los intervinientes en tales crímenes. La planificación de una política criminal está reservada típicamente al pequeño grupo de conducción, el cual cuidará de que los ejecutores exteriores de esa política conozcan sólo lo estrictamente necesario para su misión.*

¹¹⁹ Punto 2º de la Introducción del art. 7. de los Elementos de los Crímenes.

¹²⁰ McAULIFFE de GUZMAN, M. *The Road...* ob.cit. p. 380. *Rather, the elements elaborated in paragraph (2) (a) of article 7 are jurisdictional elements intended to aid judges in determining whether an attack reaches the level required for a crime of universal jurisdiction.*

¹²¹ En el mismo sentido, McAULIFFE de GUZMAN, M. *The Road...* ob.cit. pp. 381 y 402; ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 52; BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 491; Postura intermedia, AMBOS, K. *La parte general del Derecho penal internacional*. Temis: Montevideo. 2005. Traducido por Ezequiel Mazarino p. 404. Este autor se encuentra a caballo entre ambos extremos pues exige 'el conocimiento *general* de que los hechos han formado parte de un ataque generalizado y basado en una política *en sentido amplio* contra la población civil' (Resaltado original); MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 168. *Danach wird vom Täter keine Kenntnis aller Eigenschaften des Angriffs oder genauen Details der Planung oder Politik des Staates oder Organisation verlangt.* En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. *Elementos...* ob.cit. p. 1134. *El dolo no sólo se ha de referir, por tanto, a los elementos de los actos en cuestión (asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, etcétera), sino también a que forman parte de esa clase de ataque y a su conformidad con una determinada política de un Estado u organización, es decir, a la finalidad de promoverla o cumplirla.*

¹²² PCNICC/1999/WGEC/DP.36. Proposal submitted by Canada and Germany on article 7. Véase en, <http://www.un.org/law/icc/prepcomm/prepfra.htm>. ; En este sentido, WERLE, G. *Principles...* ob.cit. p. 112. *It suffices that the offender was aware of the relevant factual background (the context) of the crime; he or she was not required to come to the normative conclusion that the attack was indeed widespread or systematic.*

¹²³ ROBINSON, D. en, LEE, R. et. al (eds.). *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. Ardsley: Transnational Publishers. 2001. p. 72.

ataque¹²⁴. La fórmula alcanzada, a propuesta de EE.UU, fue de nuevo un alarde de ambigüedad, ya que si la referencia al conocimiento del contexto se hace mención a un ataque generalizado o sistemático, se advierte en el punto 2º de la introducción del art. 7. de los Elementos que: *No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización*. Tras esta formulación, será el órgano judicial quien deba interpretar el ámbito que deberá cubrir el conocimiento del autor, aunque este último párrafo avala la posición de Canadá y Alemania. De este modo, la conciencia de que el acto se conecte al ataque sería suficiente para fundamentar la responsabilidad criminal del art. 7.

La ubicación dogmática de este tipo de conocimiento, como parte del dolo genérico o como un elemento subjetivo especial, representa un tema objeto de debate entre una doctrina dividida. A priori, parece claro que el autor debe actuar en unas concretas circunstancias para que su acto se convierta en un crimen contra la humanidad, por lo tanto, dicha circunstancia deberá formar parte de los elementos objetivos del tipo (también denominado como elemento internacional¹²⁵). Aunque esta interpretación del contexto no es unánime.

PICOTTI, partiendo de la doctrina tradicional italiana del dolo específico¹²⁶, afirma que en el tipo se pueden obtener las características de la relación entre el autor y la víctima (perteneciente a una colectividad como la población civil), la cual es parte de un específico conflicto de intereses donde se enmarca la dimensión objetiva del hecho típico¹²⁷. Por lo tanto, la característica de la conducta criminal será el reflejo de la intención específica del agente identificada en la provisión legal¹²⁸. De este modo, la conexión con el contexto se enmarcaría dentro de un dolo específico, distinto del general¹²⁹.

Esta elaboración doctrinal sería defendible si se refiriera a los elementos subjetivos propios del tipo de persecución o apartheid, donde sí existe una específica intención por determinadas causas. Sin embargo, no considero que el carácter civil de la víctima

¹²⁴ Se adujo que en la versión francesa del Estatuto, en el art. 7.1 se estableció la fórmula *cette attaque* ('este ataque' en contraposición con la versión inglesa 'of the attack'. La versión española está más cercana a la francesa al utilizar 'de dicho ataque') que podría ser interpretado como la referencia a todo lo anterior, el ataque y las características. Art. 7.1 (versión francesa): *Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque*. (Resaltado propio). Accesible en: [http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute\(f\).pdf](http://www.un.org/law/icc/statute/french/rome_statute(f).pdf); ROBINSON, D. en, LEE, R. et al (eds.). *The International...* ob.cit. (2001). p. 72. nota 38.

¹²⁵ AMBOS, K. *La Parte...* ob.cit. p. 401.

¹²⁶ PICOTTI, L. *Il dolo specifico. Un'indagine 'sugli elementi finalistici' delle fattispecie penali*. Milán: Giuffrè. 1993.

¹²⁷ PICOTTI, L. en POLITI, M/NESSI, G. 'Criminally Protected Legal Interests at the International Level after the Rome Statute'. En, POLITI, M/NESSI, G. *The Rome Statute of the International Criminal Court*. Burlington: Ashgate Publishing Company. 2001p. 264.

¹²⁸ Ibidem.p.264.

¹²⁹ SCHABAS defiende también la existencia de un 'specific intent', aunque menor que en el requerido en el genocidio. SCHABAS, W. *An Introduction...* ob.cit. p.45.

pueda considerarse como un elemento subjetivo específico, sino más bien, como una característica del sujeto pasivo tendente a diferenciar al tipo del crimen de guerra. El conocimiento del ataque no representa un elemento subjetivo especial, sino una parte del dolo al ser el ataque una circunstancia objetiva del tipo, y como tal deberá ser abarcada por el éste.

McAULIFFE de GUZMAN, en el marco de esta discusión, indica que el ‘specific intent’ comúnmente se utiliza para señalar un requisito intencional, adicional al ‘general intent’ requerido para el *actus reus* del crimen¹³⁰. En el ámbito general del crimen contra la humanidad no se podría señalar, en mi opinión, un ‘special intent’ para la comisión del mismo¹³¹. El conocimiento de esta la conexión con el ataque no puede ser extrapolado a la condición de elemento subjetivo especial, pues está cubierto por la construcción de la *mens rea* general derivada el art. 30 del Estatuto¹³². En este sentido, la responsabilidad criminal del autor exige que el mismo conozca todos los elementos objetivos que componen el tipo¹³³, por lo tanto, la conciencia de estas circunstancias sería *conditio sine qua non* para el perfeccionamiento de la *mens rea*.

Pero a pesar de que hasta ahora, y de manera genérica, me he centrado en el ámbito del conocimiento respecto al dolo, no se puede pasar por alto la referencia al elemento teleológico que hace el punto 2º de la introducción del art. 7 de los Elementos al indicar que, *En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de promover un ataque de esa índole*¹³⁴. Frente a esta situación cabe preguntarse ¿cuándo un ataque está comenzado? Teniendo en cuenta que el ataque se compone de actos criminales, los primeros que se cometan podrían interpretarse que no han formado parte del contexto por la imposibilidad de conocer una conexión futurible en el momento de llevarse a cabo. Pero, si es difícil fundamentar la responsabilidad por un hecho basado en una prognosis acerca de la conexión del acto con un ataque perfeccionado en un futuro, no lo sería tanto al examinar la voluntad del individuo en la promoción del inicio de un ataque. Es decir, no se podría considerar- desde una perspectiva exclusivamente cognoscitiva de la *mens rea*- que cuando A asesinó a B, ciudadano de la población X, cometió un crimen contra la humanidad porque coincidió con alguno de los actos aleatorios, que posteriormente se generalizaron en un ataque contra la misma población. Sin embargo, sin A asesinó a B con la intención de promover y desencadenar el ataque, se podría considerar perfec-

¹³⁰ McAULIFFE de GUZMÁN, M. *The Road...* ob.cit. p. 382. La autora ejemplifica esta diferencia con los ‘hate crime’ para los cuales, la mens rea del autor de un asesinato debe contar con la específica intención de matarlo debido a su pertenencia a un grupo.

¹³¹ WERLE, G. *Principles ...* ob.cit. p. 101-102.

¹³² En el mismo sentido, McAULIFFE de GUZMÁN, M. *The Road...* ob.cit. p. 394; AMBOS, K. *La Parte...* ob.cit. p.402; WERLE, G. *International...* ob.cit. p. 111; WEIGEND, T. “Zur Frage eines ‘internationalen’ Allgemeinen Teils“. En, SCHÜNEMAN, B (coord) et. al. *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlín: Walter de Gruyter. 2001.p. 1389. nota. 57.

¹³³ En el mismo sentido, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 167. *Sie [contextual circumstances] beschreiben den Kontext, in dem das Verhalten des Täters stattfinden muss. Folglich muss sich der Vorsatz des Täters gemäß Art. 30 Abs. 3. IStGH-Statut darauf beziehen.*

cionado el tipo penal. En este sentido, la *mens rea* exigida respecto a las circunstancias se compondría de la intención, pero también del conocimiento de que con sus actos podría desencadenar un ataque. Tanto la voluntad de promover, como el conocimiento en sí, se podrían inferir de los hechos y circunstancias relevantes¹³⁵.

Por último cabe preguntarse qué grado de conocimiento debería ser exigible en relación con las circunstancias tratadas del tipo objetivo. En este terreno, cabe citar el ‘enfoque orientado al riesgo’¹³⁶, seguido por la Jurisprudencia del TPIY a partir del caso BLASKIC, donde se estableció que el conocimiento puede verse representado en la asunción deliberada de un riesgo con la esperanza de que no cause perjuicios¹³⁷. Sin embargo, esta interpretación ha sido reconducida por la Sala de apelación del mismo caso en una sentencia de 2004. Respecto a la aceptación del riesgo como causa de responsabilidad criminal, la Corte no la excluye, pero concreta que no ‘cualquier riesgo’ puede fundamentar la *mens rea*, sino que al estándar legal debe ser incorporado una conciencia alta del riesgo y un elemento volitivo del autor¹³⁸.

La opinión doctrinal respecto al grado de conocimiento oscila entre la postura de la ‘asunción del riesgo’ a la ‘willful blindness’ (ceguera voluntaria). De hecho, autores como AMBOS que con carácter general exigen la conciencia de la existencia de las circunstancias¹³⁹, reconoce que el ‘conocimiento del ataque’ debe ser interpretado como la conciencia y asunción del riesgo de que la conducta sea parte de un ataque. Por lo tanto, la recklessness o el dolo eventual serían suficientes respecto al elemento contextual¹⁴⁰.

Por todo ello, se podría defender que, con respecto a las circunstancias del elemento general del crimen contra la humanidad – ataque generalizado o sistemático - el grado de *mens rea* requerido es menor que el exigido en con carácter general en el art. 30 ER, ya que cabría fundamentar la *mens rea* en la representación de un riesgo probable de que los actos llevados a cabo pudieran haber estado conectados con un ataque contra la población civil¹⁴¹.

¹³⁵ ROBINSON, D. *Defining...*ob.cit. p. 52; AMBOS, K. *La Parte...*ob.cit. p. 404; MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 168; AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...*ob.cit.p.40. Esto autores son de la opinión de que la intención del legislador es sustituir el conocimiento por el deseo de llevar a cabo los hechos relevantes.

¹³⁶ Término utilizado por AMBOS, K. *La Parte...*ob.cit. p. 405.

¹³⁷ Esta interpretación se impuso en sucesivas sentencias y fue confirmada por la Corte de apelación en el caso *Kunarac*. Véase, *Blaskic Trial Chamber*. par. 251. *Kunarac Appeal Chamber*. par. 102; *Vasiljevic Trial Chamber*. par.37; *Kronjalec Trial Chamber*. par. 59; ; *Stakic Trial Chamber*. par. 629; *Kunarac Trial Chamber*. par. 434.

¹³⁸ *Blaskic Appeal Chamber*. par. 41. *The knowledge of any kind of risk, however low, does not suffice for the imposition of criminal responsibility for serious violations of international humanitarian law... The Appeals Chamber considers that an awareness of a higher likelihood of risk and a volitional element must be incorporated in the legal standard.*

¹³⁹ AMBOS, K. *La Parte...*ob.cit. p. 399.

¹⁴⁰ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 40. Los autores analizan la regulación 15/2000 referente al Tribunal de Timor Oriental respecto al Estatuto de Roma. Este ha inspirado la redacción de los elementos generales de los crímenes, por lo tanto, las conclusiones puede ser aplicados a ambos ámbitos.

¹⁴¹ WERLE, G. *Principles...*ob.cit. p. 112; WEIGEND, T. En SCHÜNEMAN, B. *Festschrift...*ob.cit. p. 1389. nota. 5; Varios autores exigen además el conocimiento general de la existencia de una política que promueva el

II. EL CRIMEN DE PERSECUCIÓN: LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO

Fue SCHWELB en 1946 quien propuso la distinción entre el ‘murder type’ y el ‘persecution type’ de acuerdo a la redacción del artículo 6.c de la Carta de Londres¹⁴², donde la primera categoría englobaría a los ‘asesinatos, exterminios, deportaciones, esclavitud y otros actos inhumanos’ y la segunda ‘las persecuciones por motivos políticos raciales o religiosos’. Esta distinción se fue diluyendo al variar el modo de concebir el crimen contra la humanidad en los distintos borradores de la Comisión de Derecho Internacional (CDI en adelante), hasta que en 1991 se establece la redacción dual de unos elementos generales exigibles, por separado, a todas las conductas reconocidas en el artículo.

Poco tiempo después de la propuesta de SCHWELB, autores alemanes, en relación con la Ley de Control Aliado Nr. 10, adoptaron una clasificación distinta consistente en diferenciar entre los ‘Einzelverbrechen’¹⁴³, - asesinato, violación, tortura y encarcelamiento-, ‘Massenverbrechen’ – exterminio, esclavitud y deportaciones (junto con ‘otros actos inhumanos), y ‘Verfolgungsverbrechen’ – persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos-¹⁴⁴. Esta clasificación no obtuvo continuación pues el criterio cuantitativo de los ‘Massenverbrechen’ perdía su identidad al comprobarse que un acto de deportación contra una persona, en el curso de un contexto determinado, podría perfeccionar la figura criminal¹⁴⁵.

En este sentido, y con respecto al tipo de persecución, aparece un concepto en el Estatuto de Roma que podría servir de base a una nueva clasificación¹⁴⁶: la discriminación. De este modo, en el art. 7.1 ER se encuentran conductas que pueden afectar a los sujetos pasivos por igual y otras motivadas por un afán de discriminación debido a

ataque generalizado o sistemático. Así, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 168. *Der Täter muss keine detaillierte, sondern eine allgemeine Kenntnis davon haben, dass eine Tate in Teil eines ausgedehnten oder systematische Angriffs gegen die Zivilbevölkerung ist, der auf einer Politik im weiteren Sinne beruht*; AMBOS, K. *La Parte...* ob.cit. p. 406; ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 51. El autor hace referencia a la conciencia del ataque de manera general. Esta opinión se ve más concretada en, Von HEBEL, H/ ROBINSON, D, en *The International...* ob.cit. p. 98. *[s]ince the existence of a widespread or systematic attack is the essential element of a crime against humanity, the accused must at least be aware of the attack to have the mens rea for this most serious crime*; ROBINSON, D. en LATTANZI, F/SCHABAS, W. *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Ripa Fagnano Alto: Sirente. 1999. Vol. I, pp. 164 y 165.

¹⁴² SCHWELB, E. *Crimes...* ob.cit. p. 190; Esta distinción fue continuada por la UNWCC. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*. Londres: Published for the United Nations War Crimes Commission by his Majesty's Stationery Office. 1948. p. 178; Esta distinción fue adoptada por varios autores como, GRAVEN, J. *Les crimes contre l'humanité*. Academie des Cours. Recueil des Cours. 1950. Vol I. pp. 465 y 466; MORRIS/ SCHARF. *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Nueva York: Transnational Publishers. 1995. Vol. I. vol. 1. p. 85

¹⁴³ Este término lo utiliza MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 174. para referirse a la clasificación de GÜDE y FELDMAN. Se adopta porque, si bien es cierto que estos autores no utilizan este término – GÜDE prefiere *Gebrauchliche Deliktsbezeichnungen*- el criterio de distinción, basado en la unidad o multiplicidad de víctimas, sí coincide y fue propuesto por ambos autores.

¹⁴⁴ GÜDE. *Die Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr.10 durch die deutschen Gerichte*. DRZ. 1947. pp. 111-118. esp. p. 113; De un modo similar, FELDMAN, H. *Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit*. Essen/Kettwig: West-Verlag. 1948. pp.41-47.

¹⁴⁵ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 174; *Tadic Trial Chamber*. par. 649;

¹⁴⁶ Propuesta por MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 175.

determinadas razones que persiguen excluir de la sociedad a determinadas personas. Entre estas últimas conductas se encontraría el tipo de persecuciones y el de apartheid, los cuales contendrían un elemento discriminatorio prohibido por la costumbre internacional¹⁴⁷ con carácter de *ius cogens*¹⁴⁸.

Pero la inclusión del tipo de persecución en el Estatuto de Roma no fue un proceso pacífico. Varias delegaciones estatales propusieron la desaparición del tipo de persecución debido a su ambigüedad y a su falta de definición en la ley penal internacional, frente a otros Estados partidarios de su incorporación debido a su gran tradición y su aspecto caracterizador del crimen¹⁴⁹. Finalmente fue incluida como un acto intencional y severo de la privación de Derechos Fundamentales por razón de la identidad de un grupo o colectividad.

Desde otro punto de vista, y ya en el terreno de la definición del tipo de persecución, se debe señalar el cambio que se ha producido en el Estatuto de Roma con respecto a la interpretación de los TPI's ad-hoc. En éstos se configuró el tipo de persecución como un crimen autónomo respecto a las demás conductas¹⁵⁰, con las cuales compartía la necesidad de enmarcarse en un determinado contexto. Esta interpretación se ha visto restringida en el Estatuto¹⁵¹ y los Elementos¹⁵², donde se exige que los actos de persecución estén conectados con otros crímenes competencia de la Corte, rescatando del olvido la fórmula utilizada en el art. 6.c de la Carta de Londres para toda la figura criminal. De este modo, el artículo 7.1.h) del Estatuto de Roma señala que el tipo penal se configura como:

Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

De esta primera lectura se desprenden tres impresiones que en los apartados siguientes habrán de confrontarse con los Elementos para hallar su correcta significación. La primera sería que el objeto del crimen pasa a ser el grupo entero, o una colectividad con identidad propia. La segunda establecería un aumento de los motivos con respecto a los instrumentos internacionales anteriores, hasta el extremo de dejar una cláusula abierta sobre el tema¹⁵³. Y la tercera sería la ya anunciada pérdida de auto-

¹⁴⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos. U.N. G.A. Res. 217 (III). De 10 de diciembre de 1948. Art. 2.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 19 de diciembre de 1966. Art. 2.1; Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Art. 1.1; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981. Art. 2.

¹⁴⁸ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit.p. 176.

¹⁴⁹ Von HEBEL, H/ ROBINSON, D. En, LEE, R. (ed.). *The International...* ob.cit. p. 110.

¹⁵⁰ Véase a modo de ejemplo, *Blaskic* Trial Chamber. par. 220; *Kupreskic* Trial Chamber. 580. En donde el Tribunal se distancia de la interpretación del art. 7 del Estatuto de Roma.

¹⁵¹ Art.7.1.h)

¹⁵² Art.7.1.h).4.

¹⁵³ Von HEBEL, H/ ROBINSON, D. En, LEE, R. (ed.). *The International...* ob.cit. p. 110.

mía del tipo al exigírsele una conexión con los actos del art. 7 o los demás crímenes contemplados en el Estatuto. Pero junto a esta descripción de la conducta se hacía necesario definir, por primera vez en un instrumento internacional, qué se debe entender por ‘persecución’. De este modo, el art. 7.2.g) del Estatuto indica que,

Por ‘persecución’ se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional en razón de la identidad del grupo o la colectividad.

Por lo tanto, cuando se lesionen derechos fundamentales de una manera voluntaria en razón de la identidad del grupo o colectividad – sigue apareciendo como el destinatario del acto criminal – se habrá cometido el tipo específico de persecución. Para confirmar este cambio de rumbo se hace necesario acudir a los Elementos de los Crímenes, donde en su artículo 7.1. h) 1. y 2. se afirma:

1. Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional.

2. Que el autor haya dirigido su conducta contra esa persona o personas en razón de su pertenencia a un grupo o colectividad o contra el grupo o la colectividad como tales¹⁵⁴.

Tras este artículo aparece la determinación del sujeto pasivo como persona o personas individuales, pero atacadas en razón a su pertenencia a un grupo o colectividad. Esta distinción es indispensable para fundamentar la colectividad o individualidad del sujeto pasivo en relación con este tipo específico.

Por lo tanto nos enfrentamos con una conducta recogida en el catálogo existente en el crimen contra la humanidad, pero con unas características especiales que despiertan numerosos interrogantes. ¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal? ¿Y el sujeto pasivo? ¿En qué tipo de discriminación se puede fundamentar la responsabilidad criminal? ¿A qué derechos fundamentales debe atacar? ¿Cómo se concreta la conexión requerida entre las conductas criminales? ¿El acto de persecución es el que debe estar en un contexto generalizado o sistemático, o la conducta con la que debe conectarse? ¿Cómo interpretar los motivo y la relación con la *mens rea* general del art. 30? A continuación nos enfrentaremos a estas cuestiones en relación con el modo en que está tipificado el crimen de persecución en el Estatuto de Roma y se comparará con las distintas concepciones que han sido apuntadas por la jurisprudencia y la doctrina.

1. Bien jurídico protegido y sujeto pasivo

Desde estas líneas se defiende, junto con parte de la doctrina¹⁵⁵, una concepción del bien jurídico protegido y del sujeto pasivo del crimen contra la humanidad desde un punto de vista individual, concediéndole al individuo el protagonismo como portador

¹⁵⁵ GIL GIL, A. *Derecho penal...*ob.cit. p. 123- 127; GROPPENGIEBER, H. En, ESER, A/ KREICKER, H. *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*. Freiburg in Breisgau: Iuscrim edition. 2003.p.117

del mismo, sin que su carácter internacional deba provocar la transmutación del objeto de protección del tipo penal. Conviene, no obstante, plantearse en este momento si frente a la especial tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma sería necesario reformar los postulados defendidos.

El crimen contra la humanidad se compone de varias conductas delictivas recogidas en el art. 7.1 del Estatuto. A cada ‘tipo específico’ o ‘delito subyacente’ le debe corresponder, al menos, un bien jurídico que fundamente la existencia de la tutela penal – internacional, en este caso- respecto a cada tipo de injusto. Conforme a este razonamiento, el art. 7.1. h) debe proteger al individuo o a la sociedad de las ofensas que afecten a su determinado objeto jurídico de protección. El tipo penal recoge una conducta en la que una persona o personas son atacadas por unos motivos concretos fundamentados en la identidad del sujeto pasivo en determinadas características de un grupo o colectividad. En esencia, lo que se tipifica son los actos graves de discriminación¹⁵⁶ por determinados motivos. Por lo tanto, se podría identificar al bien jurídico penal como el derecho ser tratado como un ser humano igual a los demás, o lo que es lo mismo, a no ser discriminado por motivos universalmente reconocidos como inaceptables¹⁵⁷.

Sin embargo, este derecho a no ser discriminado es un concepto demasiado amplio para justificar la intervención del Derecho penal internacional, pues la discriminación¹⁵⁸ aparece de muy diversas formas y con distintos niveles de gravedad, y aunque en ambas conductas se detecte un trato desigual no es lo mismo evitar que una determinada etnia ocupe puestos en la administración pública de un país, que hacinarlos en guetos y negarles el alimento por su procedencia étnica. Por lo tanto, es necesario determinar cuándo puede verse lesionado este bien jurídico desde la esfera penal.

MIR PUIG señala que para que un bien jurídico pueda considerarse como objeto de tutela penal se deben exigir dos condiciones: suficiente importancia social y la necesidad de protección por el Derecho penal¹⁵⁹. El primer requisito debe calibrarse de acuerdo a la importancia que se le otorgue a dicho objeto a la hora de su protección y prevención. El derecho a la igualdad o a la no discriminación es una conquista constitucional que está contemplado en todos los sistemas democráticos¹⁶⁰. Asimismo, en la mayoría de las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos aparece reconoci-

¹⁵⁶ Conviene rescatar la distinción que realiza LAURENZO COPELLO entre el trato discriminatorio en el sentido del art. 14 de la C.E y bajo el concepto de conducta lesiva en el ámbito penal. Así que mientras el tratamiento desigual según el art. 14 se identifica con la arbitrariedad del mismo, sin que se fundamente en alguna peculiaridad de la víctima que la distinga de los demás, la discriminación, en cambio, se caracteriza por el origen del trato desigual, ya que la causas que lo provocan están siempre relacionados con determinados caracteres diferenciales de la víctima. LAURANZO COPELLO, P. *La discriminación en el Código Penal de 1995*. Estudios Penales y Criminológicos. XIX. 1996. pp.223-288. esp. p. 234.

¹⁵⁷ Véase, *Tadic Trial Chamber*. par. 697.

¹⁵⁸ MESEKE, S. *Der Tarbestand...*ob.cit.p. 175. La discriminación es el elemento compartido por el tipo de persecución y apartheid, y el que los distingue de los demás tipos específicos.

¹⁵⁹ MIR PUIG, S. *Bien jurídico...*ob.cit.p.209.

¹⁶⁰ Art. 14. Constitución española.

do como un derecho fundamental de los individuos¹⁶¹. En este sentido, se debe precisar que la mera importancia social no es suficiente para que deba protegerse penalmente. En muchos casos, el orden civil, administrativo o laboral pueden brindar la protección necesaria contra la vulneración de un bien jurídico. Por lo tanto, será preciso que los otros medios de tutela menos lesivos sean insuficientes para la salvaguarda del Derecho. De este modo, como afirma MIR PUIG, a menudo será necesaria la protección penal de un bien frente a ataques especialmente peligrosos y no frente a otros¹⁶².

La especial peligrosidad y gravedad está contemplada expresamente en el art. 7.2.g) del Estatuto de Roma en donde se indica que la persecución es la *privación intencional y grave de derechos fundamentales*¹⁶³. Asimismo el TPIY recordó que no toda negación de un derecho fundamental por motivos discriminatorios podría ser considerada como un crimen de persecución¹⁶⁴. Estos actos deberían alcanzar un nivel de gravedad semejante a los señalados en las demás del art. 5. del Estatuto para el TPIY¹⁶⁵ (crímenes contra la humanidad).

Por todo ello, el bien jurídico protegido en el tipo de persecución se concreta en la protección de la discriminación de manera especialmente grave – es decir, la que conlleve una lesión severa de un derecho fundamental- por motivos universalmente reconocidos como inaceptables.

Desde otro punto de vista, no se podría pasar por alto la exigencia de conexión de la persecución con cualquier otro acto mencionado en el art. 7 o crimen competencia de la Corte¹⁶⁶. La interpretación de este requisito de una u otra forma incidirá directamente en la identificación del bien jurídico. Si se considera esta conectividad como parte del elemento material del tipo, se producirá una acumulación del injusto, ya que junto al derecho a no ser discriminado deberá aparecer otro bien jurídico fundamental – vida, libertad, integridad, etc-. Esta interpretación lleva a GIL GIL a negar que el derecho a no ser discriminado pueda fundamentar por sí solo el injusto, ya que no se comprendería que al no ir acompañado de algún bien jurídico fundamental, el primero dejara de ser merecedor de protección¹⁶⁷.

¹⁶¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. U.N. G.A. Res. 217 (III). De 10 de diciembre de 1948. Art. 2.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 19 de diciembre de 1966. Art. 2.1; Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Art. 14; Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Art. 1.1; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981. Art. 2.

¹⁶² MIR PUIG, S. *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al ius puniendi*. Estudios Penales y Criminológicos. XIV p. 215.

¹⁶³ En el mismo sentido el art. 7.h.1 de los Elementos de los Crímenes señala: *Que el autor haya privado gravemente a una o más personas de sus Derechos fundamentales en contravención del Derecho internacional*.

¹⁶⁴ Kupreskic Trial Chamber. par. 618.

¹⁶⁵ Kupreskic Trial Chamber. pars. 621 y 627. *The Trial Chamber therefore defines persecution as the gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other acts prohibited in Article 5.*

¹⁶⁶ La exigencia de esta conexión ha sido muy criticada por la jurisprudencia de la TPIY. Kupreskic Trial Chamber. par. 577 y 580. Kordic Trial Chamber. par. 197.

¹⁶⁷ GIL GIL, A. *Derecho Penal...* ob.cit. p. 135. La autora identifica la lesión del principio de no discriminación como un plus de injusto a la lesión de otros bienes jurídicos, pero no como fundamentación única del injusto.

Coincidió en el planteamiento de esta autora, ya que en mi opinión, el bien jurídico que fundamenta el injusto es el derecho a no ser discriminado de manera grave¹⁶⁸, donde la gravedad deberá verse reflejada en la lesión de determinados derechos fundamentales. Por lo tanto, se formula un bien jurídico complejo, que no protegerá al individuo de cualquier forma de discriminación, sino sólo y únicamente las que por su naturaleza – lesión conjunta de un derecho fundamental – y forma de comisión, alcanzan la gravedad suficiente para que se pueda considerar como un crimen contra la humanidad de persecución. Si no alcanzara dicho nivel, la protección debería ser reubicada hacia otros tipos penales establecidos al efecto.

Por lo tanto, en función de la violación de concretos derechos fundamentales, los actos de persecución darán lugar a distintos resultados, y precisamente por ello el grado de desvalor de ese resultado deberá ser contemplado por la pena aplicable, ya que no es lo mismo perseguir a personas causándoles lesiones que provocando su muerte. Además, en base a esta formulación se podría seguir interpretando que el requisito de conectividad debe ser considerado como una mera limitación jurisdiccional de la Corte y no como un argumento para determinar al crimen de persecución como un ‘tipo auxiliar’ o ‘tipo cualificado’¹⁶⁹.

De este modo, al interpretar esta exigencia de conectividad como un elemento jurisdiccional, éste no tendría por qué afectar al tipo de injusto¹⁷⁰. Esta concepción se fundamenta en los debates llevados a cabo por las delegaciones en la conferencia de Roma donde se trasladó el miedo de vulnerar el principio de legalidad si no se incorporaba esta cláusula final¹⁷¹. En este sentido, existe un paralelismo manifiesto con el art. 6.c) de la Carta de Londres, donde se requería que el crimen contra la humanidad hubiera sido cometido en conexión con un crimen de guerra o contra la paz. Asimismo, este requisito de conexión podría llevar a situaciones en las que la Corte pudiera conocer del crimen de persecución por el simple hecho de estar conectado con un

¹⁶⁸ En el mismo sentido, SWAAK-GOLDMAN, O. ‘Crimes Against Humanity’, en, Mc DONALD, K/ SWAAK-GOLDMAN, O (eds). *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*. La Haya: Kluwer International Law. 2000. Vol. I. p. 253.

¹⁶⁹ ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 55.

¹⁷⁰ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 249. MESEKE opina que la exigencia de conexión del art. 7. 1.h) no supone ninguna limitación del tipo penal, sino una restricción de la jurisdicción de la CPI en el caso de las persecuciones que representen una clara lesión de los Derechos fundamentales; En este sentido, K/ WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p.73. [I]t seems adequate to take the view that the connection requirement serves the sole purpose of limiting the court's jurisdiction to forms of persecution which are of an elevated objective dangerous.

¹⁷¹ Von HEBEL, H/ ROBINSON, D. en, LEE, R. *The international...* ob.cit. p. 101. ROBINSON relata como la opinión estaba dividida entre las delegaciones que apoyaban la incorporación de la conexión, basándose en el Estatuto del TMI y en la idea de evitar una interpretación radical que llevara a la criminalización de todos los actos de discriminación. Otras delegaciones negaban esta necesidad apoyándose en la experiencia de los TPIs ad-hoc y afirmaban que sino podría ser considerado el crimen de persecución como una ofensa auxiliar o un factor agravado. Finalmente se alcanzó un compromiso al incluir todos los actos contemplados en el art.7, pues en esto significaba que merced al art. 7.1.k) ‘cualquier otro acto inhumano’ se podría aplicar a dicho requerimiento y aseguraba que el tipo no sería interpretado como una ofensa adicional; BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 523. Alude a las razones de legalidad defendida por los Estados que apoyaban la inclusión de la conexión; ROBINSON, D. *Defining...* ob.cit. p. 54; AMBOS, K/WIRTH, S. *The current...* ob.cit.p. 71.

crimen de guerra, tal como la declaración de no dar cuartel (art. 8.2.e).X), que nada tiene que ver con el objeto de protección de la figura.

Por otro lado, no se podría determinar de un modo general la posible vulneración de otros bienes jurídicos claramente determinados, pues entre las conductas del art. 7.1 ER. aparece el apartado e), donde se recogen ‘otros actos inhumanos de carácter similar que causen grandes sufrimientos...’, donde la falta de concreción, tanto en la conducta como en el objeto de protección podría servir, en la mayoría de los casos, para salvar el requisito jurisdiccional al conectar el acto grave de persecución con este ‘tipo abierto’.

Frente esta determinación del bien jurídico, cabe plantearse a continuación quién es el portador del mismo, si cada individuo, el grupo o la colectividad. Respecto al art. 7.1.h) parece estar claramente identificado el grupo o la colectividad como el receptor de la persecución. Sin embargo, el art. 7.2.g), al definir la ‘persecución’ no señala al objeto colectivo como al sujeto pasivo, sino que parece referirse al mismo como el motivo por el que el acto debe ser llevado a cabo¹⁷². Esta misma línea continúa en los Elementos donde el art.7.1.h.1. ER señala a la persona o personas como las víctimas de la privación de sus derechos fundamentales. Sin embargo en el art.7.1.h.2. ER reconoce a la persona o personas, pero también al grupo como tal, como sujetos pasivos de la conducta.

El grupo, en el modo enunciado en el art. 7.ER, no ha de identificarse con el concepto utilizado en el tipo de genocidio, ya que en este caso sí representa el objeto de protección como tal. Asimismo, ha de ser contemplada la posibilidad de la ‘persecución invertida’, es decir, el caso en el que se persigue ‘a los no X’ – un ejemplo cercano aparecen en las persecuciones llevadas a cabo en la guerra de la ex Yugoslavia contra los ‘no serbios’¹⁷³ –, donde la característica común sería precisamente la no pertenencia a un determinado colectivo¹⁷⁴. En este ámbito hay que tener también en cuenta que, en teoría, la persecución de una sola persona – como representante de un grupo o colectivo –, en el contexto exigido, sería suficiente para perfeccionar el tipo¹⁷⁵. Además, y volviendo al art. 7.2.g) ER, la persecución concierne a la privación de los derechos fundamentales, y por norma general, los portadores de estos derechos son los individuos.

Por lo tanto, y a pesar de que una primera lectura del art. 7.1.h ER parezca excluir a los individuos como víctimas del tipo de persecución, se defiende desde estas líneas la

¹⁷² 7.2.g) ‘en razón de la identidad del grupo o la colectividad’.

¹⁷³ *Kvočka Trial Chamber. par. 197. While discriminatory grounds form the requisite criteria, not membership in a particular group, the discriminatory grounds in this case are founded upon exclusion from membership in a particular group, the Serb group.*

¹⁷⁴ Sobre ello véase, *Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780. U.N. Doc. S/1994/674 para. 96*; Sobre la jurisprudencia del TPIY, *Krnjajec Trial Chamber. par. 432*. En el mismo sentido, *Naletilic & Martinovic Trial Chamber. par. 636*;

¹⁷⁵ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 240; El ejemplo típico de la interpretación de la comisión de un crimen contra la humanidad a través de un acto de persecución contra una persona son los procesos por ‘denuncia’ que se llevaron tras la Segunda Guerra Mundial en Alemania. Sobre estos véase el Epígrafe II. 2º. de esta obra.

posición de que, en base la configuración del tipo, nada impediría que el sujeto pasivo, como portador del bien jurídico protegido, fuera el individuo en sí¹⁷⁶. El grupo o la colectividad se protegerá en la medida que sean salvaguardados los derechos fundamentales de sus miembros. De este modo, y siguiendo esta línea de interpretación, no sería posible excluir a las víctimas de persecuciones que no pudieran ser encuadradas en un determinado grupo o colectivo, lo que sucedería asimilando el concepto grupal al concebido en el genocidio.

2. Conducta, consecuencia y circunstancias

El art. 7.1. h) ER incorpora en las características materiales del crimen dos aspectos novedosos respecto a la redacción del tipo que había sido postulada por la Comisión de Derecho Internacional y utilizada en los TPIs ad hoc. El primer elemento es el requisito de conectividad que deberá tener el acto discriminatorio con otro crimen competencia de la CPI o con otra conducta reconocida en el art. 7.1. ER. El segundo aspecto es la definición de persecución, por primera vez en un instrumento internacional, como la privación de un derecho fundamental. Basándonos en estos dos pilares, analizaremos a continuación los elementos objetivos del tipo penal.

La conducta típica del crimen de persecución se compone de un acto caracterizado como persecución por afectar a los derechos fundamentales de la víctima debido a su pertenencia o afinidad a un grupo o colectividad con algún rasgo característico. Esta identidad del sujeto pasivo será el motivo por el cual el autor ataque a la persona, siendo este elemento subjetivo el determinante para la consideración de un acto como persecución.

El resultado de la conducta se debe cifrar en la privación¹⁷⁷ grave de derechos fundamentales de la víctima, mientras que las circunstancias no variarían con respecto al elemento general del tipo, es decir, estos actos se deben llevar a cabo en un contexto donde exista un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con la política o plan de una organización o un Estado.

A. Requisito de conectividad

En el ámbito de la conexión con otro crimen aparece la cuestión de cómo se ha de interpretar y concretar el tipo de relación entre las conductas delictivas. Respecto a la interpretación, la primera figura que aparece como parámetro comparativo es la exigencia de conectividad del art. 6.c) de la Carta de Londres. Éste fue concebido para

¹⁷⁶ En el mismo sentido, BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 523.

¹⁷⁷ SWAACK-GOLDMAN, M. *Substantive...* ob.cit. p. 52. La autora, respecto a cómo interpretar la privación del Derecho fundamental señal: *According to the jurisprudence of the ICTY, statements of the ILC and provision of the Rome statute, in order to constitute persecution there must be more than simply a nullification or impairment of the 'recognition' of a human right or fundamental freedom; rather there must be an 'infringement' (ICTY), 'denial' (ILC), or 'deprivation' (Rome Statute) of a human right or fundamental freedom per se. This would also seem to imply more than limited 'impairment' of such a right/freedom;* En el mismo sentido, BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 519.

eleva a rango del crimen internacional aquellos delitos ordinarios que estuvieran conectados con un crimen de guerra o contra la paz¹⁷⁸. Motivación semejante se podría encontrar en esta nueva conexión, donde se pretende asegurar un nivel de gravedad en los actos discriminatorios, el cual estaría asegurado de un modo objetivo por su conexión con las demás conductas y crímenes. Pero esta ‘solución’ de compromiso¹⁷⁹ ha sido duramente criticada por la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc, donde se acusa al Estatuto de Roma de apartarse de la costumbre internacional¹⁸⁰ frente a la posición de estos tribunales donde los propios jueces deben calibrar si el acto ha alcanzado el nivel de gravedad requerido.

Ya en terreno de la conectividad, se ha de señalar en primer lugar que no implica la relación con otro crimen contra la humanidad, sino sólo con cualquier acto referido en el art. 7.1. del Estatuto. De este modo, la persecución deberá estar conectada con un acto de homicidio, pero no se exige que sea cometido en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil¹⁸¹. Por lo tanto, el acto de persecución es el que debe ser llevado a cabo en un contexto, y será cualificado al conectarse con una conducta del art.7. o con otro crimen competencia de la CPI – en este sentido sí se exige la conexión con un crimen y no con los actos que lo conforman -. De este modo, los actos de persecución que atacaran de forma grave a la propiedad de las personas afectando a su sustento sólo podrían ser conocidos por la CPI si estuvieran conectados con, por ejemplo, un acto de violación. Por lo tanto, la conexión se podrá perfeccionar con dos elementos distintos, donde en el caso del art. 7 será suficiente la conexión con un acto delictivo¹⁸², pero en relación con los demás artículos del Estatuto se deberá realizar con los crímenes (completos) en sí, y no con los actos que lo conforman¹⁸³.

¹⁷⁸ AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 72 y 73.

¹⁷⁹ Von HEBEL, H/ ROBINSON, D. En LEE, R. *The International...*ob.cit. p. 101.

¹⁸⁰ Kupreskic Trial Chamber. par. 580. Article 7(2) thus provides a broad definition of persecution and, at the same time, restricts it to acts perpetrated “in connection” with any of the acts enumerated in the same provision as constituting crimes against humanity (murder, extermination, enslavement, etc.) or with crimes found in other provisions such as war crimes, genocide, or aggression. To the extent that it is required that persecution be connected with war crimes or the crime of aggression, this requirement is especially striking in the light of the fact that the ICC Statute reflects customary international law in abolishing the nexus between crimes against humanity and armed conflict. Asimismo, afirma el Tribunal que en virtud del art. 10 del ER, el cual indica que nada de lo dispuesto en dicha parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas existentes o en desarrollo de Derecho internacional para fines distintos del Estatuto, se puede interpretar que los marcos del art. 7 no pueden interpretarse como una limitación del concepto de crimen contra la humanidad reconocido en Derecho internacional. Kordic & Cerkez. Trial Chamber. par. 197. nota. 250.

¹⁸¹ AMBOS, K/ WITH, S. *The Current...*ob.cit. p. 72; BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Baden-Baden: Nomos. 1999. p. 151. En contra, BOOT, M. *Genocide...*ob.cit. p. 526. quien afirma que el requisito de conectividad se realizará cuando este cargo concierna a una conducta constitutiva de asesinato como crimen contra la humanidad.

¹⁸² Von HEBEL/ ROBINSON, D. En, LEE, R. *The International...*ob.cit. p. 102. [p]ersecution may be established by showing a connection with any instance of murder, torture, rape or other inhumane act, which need not be committed on a widespread or systematic basis; AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 73. Consequently, the persecutory conduct must only be connected to a (single) murder and not to a murder which is part of a widespread or systematic consisting of other enumerated inhumane acts.

¹⁸³ AMBOS, K. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons: Madrid. 2006. p. 245 (Artículo escrito junto a WIRTH, S).

Considero el requisito de conectividad muy cuestionable¹⁸⁴, no sólo por recuperar una formulación descartada por la costumbre internacional desde hace 50 años, ni por haberse granjeado el rechazo de la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc, sino también porque resulta muy dudoso que la conexión con un simple acto de tortura, violación o encarcelación pueda ser el resorte que eleve a la categoría de crimen una conducta que sin la cual no sería considerada como objeto de tutela penal internacional¹⁸⁵. Se deben buscar las causas de este interés de protección en otro parámetros – peligrosidad de las conductas, prevención de ataques generalizados, ...- más que en una ‘conexión indeterminada’ con una conducta aislada

La conectividad no sería exigible en el caso de que el mismo acto inhumano constituyera el crimen de persecución. Es decir, en el supuesto de que se cometieran homicidios contra miembros de un partido político por su pertenencia al mismo, cada uno sería en sí mismo un acto de persecución¹⁸⁶. Frente a esta situación surge la pregunta de qué tipo de crimen se cometería, el de homicidio o el de persecución. El TPIY ha establecido la preeminencia del ‘principio de especialidad’ en estos casos. De este modo afirma que debido a que a la hora de determinar la comisión de un crimen de persecución a través de actos de asesinatos, necesariamente se han de probar estos, más la concurrencia del especial elemento teleológico, la figura de la persecución subsumiría a la del asesinato en virtud de la especialidad del primer tipo¹⁸⁷. Eso sí, la gravedad del desvalor resultado habrá de verse contemplada en la determinación de la pena aplicable.

A la hora de establecer el tipo de conexión, algunos autores defienden que ésta no tiene por qué ser causal – como tampoco lo fue en Nuremberg- sino que sería suficiente con que el resultado de la persecución se apoyara objetivamente en la comisión de actos inhumanos¹⁸⁸. En todo caso, se debe determinar la naturaleza del requisito de conectividad ya que si pudiera ser considerado como un elemento objetivo del crimen, debería ser abarcado por el dolo del autor. Sin embargo, si se entendiera como un mero requisito jurisdiccional, esta conexión no tendría por qué ser abarcada por el dolo del

¹⁸⁴ En el mismo sentido, AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p. 72.

¹⁸⁵ En el mismo sentido, AMBOS, K. *Temas...* ob.cit. p. 246.

¹⁸⁶ Autores como AMBOS y WIRTH han calificado esta situación como la de una forma agravada del acto inhumano. Véase, AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p. 72; RENAUT; A. ‘Le crime contre l’Humanité, le droit humanitaire et la Shoah’. En *Philosophie*. Septiembre de 2000. p. 23. Apud, DE HEMPTINNE, J. *Controverses relatives à la définition du crime de persecution*. Revue Trimestrelle des Droits de l’Homme. Nº.14. 2003. Vol. I. pp. 23 a 27. esp. p. 23. nota 29.

¹⁸⁷ *Kristic* Appeal Chamber. par. 232; En el mismo sentido, *Kvočka* Trial Chamber. par. 187; *Vasiljevic* Appeal Chamber. pars. 135 y 146; En contra de esta postura, *BOOT*, M. *Genocide...* ob.cit. p. 526. E autor afirma que se podría condenar al autor por un crimen contra la humanidad de asesinato y otro de persecución, pues los elementos de ambas conductas son diferentes. Discrepamos de esta postura ya que, si la persecución se completa a través de un asesinato, se produciría la identidad de los elementos materiales del tipo. Según la jurisprudencia del TPIY, sólo cuando los elementos materiales de los crímenes sean distintos se podrá penar considerar una misma conducta vulneradora de ambas figuras. Véase, *Celebici* Appeal Chamber, para. 412; En el mismo sentido, *Jelisić* Appeal Chamber, par. 78; *Kupreskić*. Appeal Chamber, par. 387; *Kunarac* . Appeal Chamber, para. 168; *Vasiljevic* Appeal Chamber, pars. 135, 146. *Musema* Appeal Chamber, par. 363; *Kristic* Appeal Chamber. par. 218

¹⁸⁸ AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p. 73.

autor - el crimen de persecución se perfeccionaría sin dicho requisito- , sino que representaría una condición para que la CPI pudiera conocer o no de la existencia del crimen, sin que pudiera ser interpretado que frente a la falta de conexión el tipo penal no se hubiera perfeccionado. En este sentido, es aplicable el ejemplo de Tribunal Militar Internacional de Nuremberg que, aunque reconoció que antes del 1 de septiembre de 1939 se cometieron crímenes contra la humanidad en Alemania, no se declaró competente para conocerlos en base a la conexión exigida en el art. 6.c de la Carta de Londres¹⁸⁹.

Se comparte la opinión doctrinal respecto a la determinación del ‘requisito de conectividad’ como un elemento jurisdiccional de la Corte y no como un elemento objetivo del tipo¹⁹⁰. Esta opinión se fundamenta, no sólo en la costumbre internacional respecto a la determinación del crimen contra la humanidad de persecución, sino en el propio Estatuto de Roma. El art. 10. indica que nada de lo dispuesto en la parte II del Estatuto - de la competencia, la admisibilidad y el Derecho aplicable- podría ser interpretado en el sentido limitación o menoscabo de las normas existentes o el desarrollo del Derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto. En esta provisión se puede ver la intención de que la configuración del Estatuto no varíe, entre otras cosas, temas tan esenciales y establecidos como la definición de los crímenes de guerra, contra la humanidad y de genocidio¹⁹¹. Por lo tanto, la conexión podría verse como un compromiso que fue aceptado en las reuniones preparatorias de Estatuto de Roma tendente a limitar la jurisdicción de la CPI respecto a determinadas conductas que preocupaban a ciertos Estados, pero en ningún caso debería ser interpretado como una restricción del concepto material del crimen contra la humanidad, y en este caso, del tipo de persecución¹⁹².

B. Tipos de actos

De acuerdo a la configuración del tipo de persecución en el Estatuto de Roma se pueden identificar tres situaciones en las que la CPI podría conocer la conducta de persecución como un crimen contra la humanidad. La primera sería la identificación plena del acto de persecución con una de las conductas contempladas en el art. 7.1 – por ejemplo el homicidio de una persona por su afiliación política - . La segunda comprendería aquellos actos de persecución que están conectados con cualquier acto del art. 7. 1 - por ejemplo, actos dirigidos contra la subsistencia de un grupo étnico que

¹⁸⁹ *The Trial of German Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany.* Taken from the official Transcript. Published under the Authority of H. M Attorney-General by his Majesty’s Stationery Office. Londres. 1946. Vol. XXII. p. 468; QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal.* Madrid.: Instituto “Francisco de Vitoria”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Vol II. 1957.Vol.I. p. 616.

¹⁹⁰ MESEKE, S. *Der Tatbestand...*ob.cit. p. 249; AMBOS, K / WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 73; BOOT, M. *Genocide...*ob.cit. p. 526.

¹⁹¹ *Kupreskic Trial Chamber.* par. 580.

¹⁹² Esta interpretación se ve reforzada con la nota nº 22 de los Elementos de los crímenes, pues al referirse al requisito de conectividad indica que *se entiende que no es necesario ningún otro elemento mental de intencionalidad además del que entraña el elemento 6.*

tienen conectado con la tortura de sus miembros-. La tercera situación se podría producir cuando los actos de persecución estuvieran conectados con un crimen de guerra o de genocidio.

Respecto a la primera situación, como ya se ha indicado en párrafos anteriores, la conducta debería ser considerada como un crimen de persecución¹⁹³, ya que en base al principio de especialidad el homicidio se subsumiría en la figura más específica. En todo caso la penalidad del crimen deberá contemplar no sólo el desvalor acción, sino también la gravedad del desvalor resultado.

La segunda situación es hacia la que se dirige el requisito de conectividad pues pretende asegurar un nivel de gravedad del acto discriminatorio adecuado para que la intervención del Derecho penal internacional esté fundamentada. Si bien es cierto que se comparte la necesidad de un parámetro objetivo que determine la gravedad de la discriminación, no se estima que esta técnica sea adecuada para conseguirlo por dos razones: primero porque no puede ser entendido que la aparición de un acto individual de, por ejemplo violación, sea el resorte que permita la intervención de la CPI. La gravedad de la persecución no puede limitarse a la existencia o no de un delito común, pues la intervención del Derecho penal internacional ha de calibrar también el efecto acumulativo de las conductas, la peligrosidad de su comisión por determinados motivos y el contexto en que se produce. Y segundo, porque no deja de ser una ‘cortina de humo’ frente a la necesaria intervención de los tribunales a la hora de ponderar la gravedad de la conducta, debido a que siempre se podrá alegar, en virtud del art. 7.1.k), que la persecución está conectada “con otros actos inhumanos que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten contra la integridad física o la salud mental”. Todo ello incita a interpretar esta técnica de conectividad como un compromiso que se debió aceptar para incorporar esta figura al art.7 del Estatuto, pero que en realidad se sigue basando en la ponderación judicial acerca de la gravedad de la lesión del derecho fundamental por motivos discriminatorios, del modo en que se encuentra configurado en la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc.

La tercera situación raya en la incoherencia al depender o no la intervención de la CPI de la conexión de los actos de persecución con un crimen de guerra o de genocidio. Conviene subrayar que en este caso se exige la perfección completa del crimen y no la mera conexión con los actos, como sucede en el caso del art. 7. En un plano lógico, parece más apropiado depender de la comisión de un crimen de guerra o genocidio para conocer de un crimen contra la humanidad (y más teniendo en cuenta las distintas conductas que se contemplan en el art. 8 del Estatuto) , y en el terreno funcional se alcanza de un modo más adecuado el nivel de gravedad requerido, ya que la conducta debe haber sido llevada a cabo en un contexto – crímenes perpetrados con

¹⁹³ En el mismo sentido, pero sin hacer específica referencia al principio de especialidad, SWAAK-GOLDMAN, O. En, SWAAK-GOLDMAN, O/ Mc DONALD, K. *Substantive...ob.cit.* p. 257. *As such, there is strong support for the proposition that discriminatory intent is only required for crimes against humanity of the ‘persecution type’, and that if crimes against humanity of the ‘murder type’ are taken with discriminatory intent, they can also, issues of sentencing aside, be include in a finding of persecution.*

la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal; o crímenes de guerra cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes – que determina la especial gravedad de los actos. Sin embargo, si en vez de barajar un nivel de gravedad general se exigiera una lesión grave de los derechos fundamentales para cualificar la conexión¹⁹⁴, varios crímenes de guerra deberían ser considerados como inapropiados para ser utilizados en dicho contexto de conectividad (Art. 8.2.b. XII u Art.8.2.b. XIII).

A diferencia de lo sucedido en el ámbito de los TPIs ad hoc, donde cualquier acto discriminatorio que alcanzara el nivel de gravedad suficiente podría considerarse crimen de persecución, la CPI exige un requisito extra para conocer dichos actos. Esto provoca que sea necesario buscar una conexión con un acto que, aunque no esté relacionado con los actos de persecución ni en el fin ni en las formas, pueda servir como base para aplicar la jurisdicción. Al mismo tiempo produce una merma en la intervención judicial, ya que no podrá conocer de los casos de persecución llevados a cabo por actos no reconocidos en el art. 7. ER, que por su modo de comisión, su carácter acumulativo¹⁹⁵ y sus motivos discriminatorios perfeccionen la figura criminal, pues como reconoce el TPIY, en muchos casos el acto considerado de un modo individual no podría considerarse como 'inhumano', sin embargo las consecuencias producidas por su modo de comisión y escala sí podría considerarse de ese modo¹⁹⁶.

C. Privación intencional y grave de un derecho fundamental

BASSIOUNI señala que, a pesar de que en el Estatuto de la CPI se haya definido, por primera vez, qué se puede entender por persecución, aún quedan cuestiones irresueltas en el marco de la misma¹⁹⁷. ¿Qué debe ser entendido por privación 'grave'? ¿Cuándo un derecho puede ser considerado fundamental y cuándo no? No obstante, algo que sí parece claro es que la conducta debe provocar la privación intencional y grave de un derecho fundamental en contravención con el Derecho internacional.

La referencia a la intencionalidad indica que el resultado debe ser perseguido por el autor, que debe haberse representado la consecuencia de su acto y haber obrado en consecuencia. Es decir, el autor ha de actuar con dolo directo. La segunda exigencia, gravedad de la privación, debe ser puesta en común con el acto en sí y con el derecho fundamental. El acto debe privar severamente, es decir, negar o impedir el disfrute de un derecho¹⁹⁸. Asimismo, la gravedad del acto está en correlación con la consecuencia

¹⁹⁴ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 242. Este autor, partiendo de un criterio de gravedad basado en la lesión de los Derechos humanos afirma que existen crímenes de guerra que resultaría problemático considerar de una manera automática que por la conexión con un actos de persecución, este se podría llegar a perfeccionar.

¹⁹⁵ MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. 245. *Eine Menschenrechtsverletzung, deren Schweregrad allein nicht ausreicht, kann ferner „kumulativ“, also in Kombination mit weiteren Verfolgungshandlungen den geforderten Schweregrad erreichen.*

¹⁹⁶ *Kristic Trial Chamber*. par. 535. *Although individual acts may not be inhumane, their overall consequences must offend humanity in such a way that they may be determined 'inhumane'.*

¹⁹⁷ BASSIOUNI, Ch. *Crimes...* ob.cit.p.330.

¹⁹⁸ Según SWAAK-GOLDMAN no sería suficiente la restricción o el impedimento del reconocimiento de un

del mismo. De este modo, aunque la privación sea grave – negación –, está debe ser puesta en común con el derecho afectado, pues no es lo mismo negar el acceso a puestos de trabajos determinados por motivos raciales que atacar a la integridad física por los mismos motivos.

En este ámbito se ha de plantear si el precepto fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado u otro derecho, es decir, si la persecución se constituiría por la quiebra del principio de igualdad en el disfrute de un derecho o libertad, o si se debe lesionar el disfrute de otro precepto fundamental¹⁹⁹. Parece claro que la mera lesión del principio de igualdad no es suficiente para justificar la intervención del Derecho penal internacional²⁰⁰. Por lo tanto la conducta debe lesionar gravemente un derecho fundamental individual distinto del de la igualdad, ya que la vulneración de ésta está implícita en el propio concepto de discriminación.²⁰¹

En el terreno de los derechos fundamentales existen también grados de importancia o interés para proteger unos derechos antes que otros. El marco de referencia para la identificación de los mismos debe ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁰² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰³. Entre todos los derechos reconocidos por los Convenios y Tratados internacionales existe un núcleo inderogable que tiene el carácter de *ius cogens* y representan un estándar mínimo que protege ‘el núcleo indestructible de la dignidad humana’²⁰⁴. Estos derechos inderogables se habrán de ponderar con la casuística derivada del crimen de persecución y comprobar si este núcleo de derechos inderogables es, en efecto, el lesionado al cometerse el tipo penal, o por el contrario se lesionan otros valores fundamentales.

Cuando los actos de persecución priven al individuo de uno de los derechos inderogables – comprendidos en la vida, la integridad física y moral y la libertad – se estaría perfeccionando el crimen contra la humanidad de persecución. Pero al mismo tiempo se habrá de señalar la existencia de otros derechos que, aunque no contengan ese carácter reforzado, cuando se priven de un modo generalizado o sistemático por

Derecho humano o libertad fundamental, sino que debería ser según el TPIY una violación (infringement); siguiendo a la CDI una denegación (denial); o privación (deprivation) según el Estatuto de Roma, de un Derecho o libertad fundamental *per se*. Esto implicaría más gravedad que el mero impedimento de un Derecho o libertad. Véase, SWAAK-GOLDMAN, O. En, SWAAK-GOLDMAN, O/ Mc DONALD, K. *Substantive...ob.cit.* p. 252.

¹⁹⁹ SWAAK-GOLDMAN, O. En, SWAAK-GOLDMAN, O/ Mc DONALD, K. *Substantive...ob.cit.* p. 253.

²⁰⁰ El TPIY en la sentencia del *Tadic* señala la vulneración del Derecho a la igualdad como suficiente, pero esta interpretación no continuará en casos como *Kupreskic* o *Kordic*, donde se determinan las características de la persecución.; *Tadic* Trial Chamber. par. 697. *It is the violation of the right to equality in some serious fashion that infringes on the enjoyment of a basic or fundamental right that constitutes persecution*;

²⁰¹ Entendido en el sentido que CARBONELL MATEU defiende en *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch. 3ª ed. 1999. p. 107. al afirmar que *el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales*.

²⁰² Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

²⁰³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor, de conformidad con el art. 49, el 23 de marzo de 1976.

²⁰⁴ BLANC ALTEMIR, A. *La violación de los Derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch. 1990. p. 122.

motivos discriminatorios, el carácter acumulativo y el desvalor acción que contempla, provoca que puedan ser considerados también crímenes contra la humanidad. El caso más característico son los ataques contra la propiedad²⁰⁵ por razones discriminatorias. En este sentido ya el Tribunal Militar Americano de Nuremberg en el caso *Flick et. al* determinó que la privación de la propiedad industrial a los judíos no debería considerarse como un crimen contra la humanidad²⁰⁶. La jurisprudencia de los TPIs ad hoc ha tratado en profundidad el tema y ha impuesto una línea de interpretación que se basa en el examen del tipo de propiedad afectada y las consecuencias derivadas. Así, la destrucción de los vehículos de una determinada confesión religiosa no se consideraría crimen de persecución²⁰⁷, pero si los bienes dañados o expropiados afectaran al sustento esencial del grupo atacado, si podría considerarse perfeccionada la figura²⁰⁸, determinando el derecho a una “propiedad vital” inalienable y protegible.

Por todo ello, la conducta de persecución puede desembocar en dos terrenos. Puede hacerlo en el ámbito de los derechos inderogables, lo que produciría casi de forma automática que el acto que lesiona dichos preceptos pudiera ser considerado como un crimen de persecución – siempre, claro está, que se cumplieran las demás condiciones del art. 7. 1. -. Asimismo, podría afectar a derechos fundamentales no inderogables, pero que por su extrema importancia o carácter medial, puedan ser considerados aptos para ser encuadrados en el ámbito de protección del crimen contra la humanidad.

3. La *mens rea* del crimen de persecución

La determinación del art.30 del Estatuto a la hora de señalar al dolo como intención y conocimiento se materializa de forma clara en el tipo de persecución. En éste, al conocimiento estándar de todos los elementos objetivos del injusto se le añade, expresamente (art.7.2.g), ‘la privación intencional y grave de derechos fundamentales’. En estas dos características no es difícil identificar la influencia de la sentencia del caso

²⁰⁵ Art.17. DUDH.

²⁰⁶ USA v. Flick et. al. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*. United States Government Printing Office. Whashington 1952. Vol. VI. p. 1216.

²⁰⁷ La sentencia de primera instancia del caso *Kupreskic* (par.631) indica expresamente que aunque la destrucción de la propiedad se haga de una forma organizada y por motivos discriminatorios, la apropiación o destrucción de cierto tipo de elementos – pone de ejemplo los coches – no podría ser considerada como un crimen contra la humanidad. Sin embargo aclara al final del párrafo que: *[T]he comprehensive destruction of homes and property (...) constitutes a destruction of the livelihood of a certain population. This may have the same inhumane consequences as a forced transfer or deportation. Moreover, the burning of a residual property may often be committed with a recklessness towards the lives of its inhabitants.*

²⁰⁸ La destrucción de hogares y propiedades necesarias para que la víctima pueda sobrevivir sí podría ser considerado como un acto de persecución. En este mismo sentido, *Kordic & Cerkez* Trial Chamber. par. 205; *Thus, when the cumulative effect of such property destruction is the removal of civilians from their homes on discriminatory grounds, the ‘wanton and extensive destruction and/or plundering of Bosnian Muslim civilian dwellings, buildings, businesses, and civilian personal property and livestock’ may constitute the crime of persecution*; *Simic* Trial Chamber. par. 103; *Kristic* Trial Chamber. par. 727; *Blaskic*. Trial Chamber. pars. 220 a 233; En este sentido, AMBOS recuerda que aunque el Derecho a la propiedad este reconocido en la DUDH, el PIDPYC no la reconoce de un modo tan general, sino como el Derecho de un individuo a no ser sometido a una injerencia arbitraria o ilícita con su *hogar*. Por lo tanto, el tipo de propiedad que constituye el hogar de una persona si estaría plenamente protegida por la ley de los Derechos humanos. AMBOS, K. *Temas de Derecho penal internacional y europeo*. Marcial Pons: Madrid. 2006. p. 254.

TADIC, donde el tribunal indicó que en el supuesto de persecución era necesaria la intención del autor de privar al individuo de un derecho fundamental²⁰⁹. Asimismo, en el concepto de gravedad se podría ver reflejada la exigencia de la jurisprudencia del TPIY de que la violación del derecho tuviera un nivel de gravedad similar al que se derivaría de las otras conductas recogidas en el crimen contra la humanidad²¹⁰. Es decir, el término grave no se refiere al carácter del acto de persecución, sino al cariz de la violación del derecho fundamental. El conocimiento debe constar de la conciencia de que la conducta es parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, más que de la representación típica del acto delictivo que se comete. Éste debe dirigirse expresamente hacia un fin, la privación de algún derecho fundamental de la víctima. Estos dos requisitos representarían el dolo del autor, que en base a su configuración adquiriría la denominación de directo.

Pero junto al dolo aparecen otros elementos subjetivos que deben ser tratados pues son, en esencia, lo que diferencia al crimen de persecución de todos los demás tipos reconocidos en el art. 7 ER²¹¹. Antes de comenzar con el estudio de los motivos discriminatorio aparece una cuestión que debe ser planteada ¿Debe la *mens rea* del autor abarcar el requisito de conectividad exigido en el art. 7.1 ER? la respuesta a esta cuestión dependerá del carácter que se le otorgue al requisito, ya que si se considerara un elemento material del tipo debería ser abarcado por el dolo del autor. Sin embargo, si se interpreta esta conexión como un mero elemento jurisdiccional de la CPI, no se tendría que exigir la conciencia de esta conexión como condición objetiva de punibilidad²¹². Por lo tanto, en consecuencia con la postura defendida en párrafos anteriores y teniendo en cuenta que en la nota 22, del art. 7.1.h.4 ER de los elementos, se entiende que no es necesario ningún otro elemento mental de intencionalidad además del conocimiento general del tipo, se podría identificar el requisito de conectividad como un elemento jurisdiccional que no tendría por qué ser abarcado por la *mens rea* del autor²¹³.

Parece claro que el dolo del autor de un crimen de persecución debe contener un elemento subjetivo característico del tipo: el motivo discriminatorio. La razón de la persecución debe fundamentarse en la identificación en la víctima de unas características determinadas derivadas de su pertenencia a un grupo o colectividad, que representen el motivo por el cual la persona o el grupo es atacado. La pertenencia a un grupo no debe ser entendida como la necesidad de membresía tradicional²¹⁴, sino que podría fundamentarse también en la no pertenencia a la colectividad – persecución invertida,

²⁰⁹ *Tadic* Trial Chamber. par. 697.

²¹⁰ *Kupreskic* Trial Chamber. par. 621; *Kordic & Cerkez*. Trial Chamber. par. 195; *Kordic & Cerkez*. Appeal Chamber. par. 671; En el mismo sentido *Krnjelac* Appeal Chamber. par 199; *Blaskic* Appeal Chamber. par. 135.

²¹¹ WERLE, G. *Völkerstrafrecht*...ob.cit. p. 725.

²¹² AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current*...ob.cit. p. 73.

²¹³ AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current*...ob.cit. p. 74. *The perpetrator need not be aware that the connection exists*.

²¹⁴ WERLE, G. *Völkerstrafrecht*...ob.cit. p. 728.

es decir, en el hecho de compartir unas características con otras personas que, estrictamente, no se corresponde con una agrupación objetiva por las mismas²¹⁵.

En todo caso, la motivación discriminatoria basada en razones políticas, raciales, nacionales, étnicas, religiosas, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, constituye el elemento subjetivo del injusto necesario para que el crimen adquiera un nivel de peligrosidad, o el aumento de ella, requerido para que este tipo delictivo se perfeccione.

Por otro lado, el Estatuto de Roma ha ampliado de un modo considerable las razones por las que debe ser llevada a cabo la conducta, incluyendo *in fine* una cláusula abierta que da cabida a cualquier 'motivo reconocido como inaceptable con arreglo al Derecho internacional'. A continuación se analizarán las razones contempladas en el art. 7.1.h) que deben motivar la actuación del autor.

A. Político, racial o religioso

La motivación señalada desde el origen del tipo de persecución en el art.6.c) de la Carta de Londres responde a tres razones: la cercanía política, la ascendencia racial o las creencias religiosas. Estas han estado presentes en la práctica totalidad de las redacciones del tipo penal en instrumentos internacionales. La excepción está representada por la exclusión de la motivación religiosas en el art.5 c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio.

- La discriminación basada en la ideología política de la persona satisface el requisito de 'motivos políticos'²¹⁶. La pertenencia de la víctima a un determinado partido o agrupación no es necesaria²¹⁷. Un caso típico es la persecución que se genera desde el Estado u órgano gubernativo contra cualquier persona que pueda ser denominado como un oponente a régimen político, sin necesidad de que estos estén agrupados en un partido o asociación política²¹⁸. En este ámbito de represión, la discrepancia política o el no alineamiento con la misma es la causa por la que son perseguidas la víctimas,

²¹⁵ *Kristic Trial Chamber*. par. 557. [T]he Chamber identifies the relevant group by using as a criterion the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime, on the basis of its perceived national, ethnical, racial or religious characteristics.

²¹⁶ *Akayesu Trial Chamber*. par. 583. Discrimination on the basis of a person's political ideology satisfies the requirement of political grounds.

²¹⁷ WERLE, G. *Völkerstrafrecht*...ob.cit. p. 728; MESEKE, S. *Der Tatbestand*...ob.cit. p. 252; BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary*...ob.cit. p. 148. „political grounds' could be interpreted within the meaning of grounds „of or concerning the state or its government, or public affairs generally' and might not be limited to grounds that concern membership of a particular political party or adherence to a particular ideology.

²¹⁸ Ejemplo de ello podría ser la persecución que se llevó a cabo en Argentina contra las personas consideradas contrarias al régimen impuestos a partir de 1976. Las palabras siguientes del general Videla podrían ser lo suficientemente representativas. *El terrorista no es sólo considerado por matar con un arma o colocar una bomba, sino también por activarlas a través de ideas contrarias a nuestra civilización occidental y cristiana*; La Corte de Casación francesa en el caso Barbie también determinó que, *persecution committed in a systematic manner in the name of the State practising a policy (...) against opponents of that policy, whatever the form of their opposition*. Véase en ILR. 78. p. 128.

como sucedió, por ejemplo en Camboya durante la dictadura de Pol Pot y los Jemeres Rojos.

- Los motivos raciales²¹⁹ suelen ser determinados de un modo más objetivo, ya que la pertenencia a una raza²²⁰ representa la causa por la que la víctima es perseguida. De todos modos siempre queda espacio a la subjetividad de criterio, pues razas inventadas como la 'aria' sirvieron de parámetro para llevar a cabo persecuciones contra quien no cayeran dentro de los parámetros establecidos por un ideólogo basado en teoría pseudocientíficas. La identificación por motivo hereditario o geográfico suele ser el parámetro utilizado para fundamentar la clasificación racial²²¹. Las leyes de Nuremberg de 1935 para la conservación de la raza aria y el delito de ofensa a la misma - 'Rassenschaden', representan un claro ejemplo. Asimismo, se suele dar en estos casos la persecución invertida, es decir, más que contra una determinada raza, contra aquellos que no puedan pertenecer a unos parámetros estético-raciales²²².

- Los motivos religiosos²²³ se centran en las creencias de las personas en el terreno personal, y aunque ésta sea la verdadera fundamentación de la persecución, a menudo se extrapola a la pertenencia por asimilación a una confesión religiosa. Un parámetro para perseguir los católicos podría estar basado en el ataque a todos aquellos bautizados en una región, siendo independiente que la víctima hubiera sido atea. En este sentido, los serbios llevaron a cabo persecuciones contra los 'bosnios musulmanes' no por su pertenencia a un grupo religioso, sino por su origen nacional²²⁴. Del mismo modo, también podría producirse la persecución de los 'no X', como sucedería si se llevara a cabo la doctrina musulmana de hacer la guerra santa a todos los infieles, es decir, a todos lo no musulmanes.

B. Nacional, étnico o cultural

- De una forma objetiva se puede determinar la pertenencia de una persona a un Estado, por lo tanto, la persecución por motivos de nacionalidad se basará, en principio, en un elemento objetivo de delimitación²²⁵. Pero, al mismo tiempo, dentro de un estado

²¹⁹ Véase, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. *Entrada en vigor*: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19; Sobre una delimitación terminológica de raza y racismo, véase LANDA GOROSTIZA, J.M. *La intervención pena frente a la xenofobia*. Zarautz: Universidad del País Vasco. 2000. pp. 39-56.

²²⁰ *Tadic Trial Chamber*. par. 711.

²²¹ *Akayesu Trial Chamber*. par. 580.

²²² En este sentido véase el *Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780*. U.N. Doc. S/1994/674 para. 96.

²²³ Véase, Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55].

²²⁴ *Kristic Trial Chamber*. par. 559. *Originally viewed as a religious group, the Bosnian Muslims were recognised as a 'nation' by the Yugoslav Constitution of 1963. The evidence tendered at trial also shows very clearly that the highest Bosnian Serb political authorities and the Bosnian Serb forces operating in Srebrenica in July 1995 viewed the Bosnian Muslims as a specific national group.*

²²⁵ Como indican DÍAZ-PICAZO, L/ GULLÓN, A. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos. 1995.

pueden existir distintas nacionalidades²²⁶ – como reconoce expresamente el art. 2 de la C.E.-. La persecución por la pertenencia a una región o, a la inversa, por la no pertenencia dentro de una región debe asimilarse a una persecución por motivo de la nacionalidad. La frontera entre conceptos de regionalidad y nacionalidad es muy difusa²²⁷, y más en los Estados de tipo federal o descentralizados. Por lo tanto, en las persecuciones que se llevarán a cabo por causa de la pertenencia a un determinado territorio se podría encontrar esta motivación prohibida²²⁸. Del mismo modo, el motivo de la no pertenencia a la nación también estaría englobado en esta interpretación.

- La etnicidad es un concepto muy cercano a la raza, aunque dentro de ella puedan existir varias etnias. Éstas se suelen definir como comunidades humanas caracterizadas por afinidades culturales, lingüísticas, raciales, etc²²⁹. La pertenencia a ellas puede ser interpretada por el autor en razón de unas características comunes más específicas que la propia raza. En la mayoría de los casos, las etnias son asociaciones que han tenido un origen en la voluntad humana. El ejemplo más claro de ello es el caso de los ‘hutus’ y ‘tutsis’, los cuales protagonizaron un episodio de limpieza étnica en Ruanda y Burundi en 1994²³⁰. El origen de esta diferenciación no se encuentra en razones culturales o lingüísticas, sino que se remonta a la época colonial belga y una mera decisión gubernamental.

- Los motivos culturales ya habían sido enunciados en algún borrador de la CDI²³¹, pero no fueron incorporado a los Estatutos de los TPIs ad-hoc. La identificación de la víctima por motivo cultural es un aspecto difuso y se suele asimilar aquellas que representan un bien cultural también objeto del ataque – por ejemplo la biblioteca de Bagdad y los bibliotecarios y científicos encargados de su custodia -. La defensa de los bienes culturales está regulada en tiempo de guerra por la ‘Convención de la Haya para la defensa de los bienes culturales en conflictos armados’ de 14 de mayo de 1954. Esta protección no se aplica a los tiempos de paz, donde podrían estar cubiertos por este tipo de crimen contra la humanidad. En síntesis, el motivo cultural debe basarse en una razón que agrupe a las víctimas de la persecución bajo unas características compartidas por razón de su actividad – pintores, escritores, filósofos, de una determinada tendencia

Vol.I, p. 202. *[L]a nacionalidad (...) adquiere relieve como una condición o cualidad que impone en ésa su sello.*

²²⁶ Véase, Declaración sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992; Asimismo, BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary...* ob.cit. p. 149. *The concept of „national’ is broader then citizenship and includes attributes o a group which considers that it is a nation even though the members of the group are located in more than one State.*

²²⁷ *Akayesu Trial Chamber. par. 512. [a] national group is defined as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties.* BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary...* ob.cit. p. 149. *However, to the extent that the definition of racial grounds includes ethnic grounds, this category is redundant.*

²²⁸ En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, J. *La Discriminación en el Derecho penal.* Granada: Comares. 1998. p.43; A favor de una interpretación restrictiva del concepto ‘nación’, véase, LAURENZO COPELLO, P. *La discriminación en el Código Penal de 1995.* Estudios Penales y Criminológicos. XIX. 1996. pp. 245 y 246.

²²⁹ Diccionario RAE. 22ª edición; En el mismo sentido, *Akayesu Trial Chamber. par. 513. An ethnic group is generally defined as a group whose members share common languages o culture.*

²³⁰ *Ruggiu Trial Chamber. par. 22; Nahimana Trial Chamber. (Sumario). Par. 113.*

²³¹ Art. 2. párrafo 11. del borrador de 1954 y art. 21 del borrador de 1991.

– o de su forma de vida²³², por ejemplo las sociedades que aún conservan una cultura especial como una lengua ancestral o una forma *sui generis* de llevar a cabo construcciones, obras artísticas, o cualquier actividad que denote su originalidad cultural. En ocasiones la doctrina ha planteado la posibilidad de un genocidio cultural que si, forzando el tipo de genocidio podría ser abarcado por el mismo, estimo que este tipo de crimen contra la humanidad de persecución sería más adecuado para perseguir dichas conductas²³³.

C. Género u otro motivo universalmente reconocido

La ampliación de los motivos en el Estatuto de Roma se materializa de forma cristalina en estas dos causas de persecución. El género según el art. 7.3, se entenderá que se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. Aclarando *in fine* que *el término 'género' no tendrá más acepciones que la que antecede*. Por lo tanto, parece claro que el motivo se fundamenta en el sexo de las víctimas, las cuales únicamente podrán ser agrupadas como hombres o mujeres²³⁴. Sería lógico ampliar el término género a las persecuciones que se llevaran a cabo contra los homosexuales, sin embargo, la realidad es que no existe ningún Convenio internacional específico que proteja los derechos de este colectivo, y no podría derivarse de la costumbre internacional ya que su defensa no ha sido contemplada en ella²³⁵. Esto se deba a que en algunas partes del mundo la homosexualidad aún se considere un delito²³⁶. De ahí el párrafo aclaratorio limitando la interpretación del término género²³⁷ al concepto de masculinidad o feminidad.

Pero los motivos no representan una enumeración tasada en el art.7.1.h), sino que se amplían a aquellos que son universalmente reconocidos como inaceptables. Esta pretensión de universalidad no debiera entenderse como la necesaria puesta en común de todas los Estados del planeta²³⁸, sino como un reconocimiento internacional auspi-

²³² BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary...* ob.cit. p. 149. *[I]t would best serve the protective purpose of the Rome Statute if it were given an ordinary broad meaning: of or involving culture, that is, 'customs, arts, social institutions, etc. of a particular group or people'.*

²³³ En el mismo sentido, MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 258.

²³⁴ Véase, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).*

²³⁵ WERLE, G. *Völkerstrafrecht...* ob.cit. p. 281; MESEKE, S. *Der Tatbestand...* ob.cit. p. 259.

²³⁶ Por ejemplo, el Código Penal iraní contempla como delito la homosexualidad. El tipo masculino se encuentra recogido entre los artículos 108 a 126. En el art. 110 se determina la pena de muerte para los que cometan actos de homosexualidad, tanto activa como pasiva. La homosexualidad femenina está contemplada entre los artículos 127 a 134, donde la pena se de 100 latigazos o golpes para cada participante se contempla en el art. 129. La traducción utilizada del c.p. Iraní corresponde a, TELLENBACH, S. *Strafgesetze der Islamischen Republik Iran*. Berlín: Walter de Gruyter. 1996. pp.54 a 59.

²³⁷ Sobre el término 'género' y el resultado de la discusión en el Comité preparatorio de abril de 1998 denominada 'non-adverse distinction clause' véase, BOOT, M. En, TRIFFTERER, O. *Commentary...* ob.cit. p. 171;

²³⁸ En las discusiones del Comité preparatorio se propuso incorporar a la fórmula 'universally recognized' la coetilla 'under customary international', la cual fue vigorosamente rechazada por otros Estados arguyendo que ningún motivo perfeccionaría dicho criterio pues necesitaría que todos los Estados del mundo reconocieran la causa particular como 'inacceptable'. Véase, BOOT, M. *Genocide...* ob.cit. p. 521.

ciado por una gran mayoría²³⁹ de las representaciones estatales de las Naciones Unidas. Como mínimo, estos motivos deben estar contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en instrumentos internacionales de vocación universal reconocidos como tales bajo la costumbre internacional, como la Carta de las NN.UU o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴⁰. En concreto, esta cláusula podría ampliar el catálogo de motivos a los pocos que han quedado fuera de la enumeración del art. 7.1.h), pero que han sido contemplados en los distintos borradores de códigos y estatutos, como serían los sociales²⁴¹, económicos, o por razones de minusvalía²⁴². Aunque el hecho de que no hayan sido incluido expresamente en el catálogo de razones denota la poca intención de los redactores del Estatuto de incorporar dichos motivos como causas de persecución. En todo caso, esta cláusula abierta puede ser entendida como una medida de aseguramiento para que nadie pueda escudarse, tras cometer actos atroces de persecución, en la inexistencia en el art. 7.1.h) del motivo que generó su acto criminal.

IV. APLICACIÓN DEL CRIMEN DE PERSECUCIÓN EN EL TRIBUNAL HÍBRIDO INTERNACIONAL DE TIMOR ORIENTAL

El 20 de mayo de 2002, el Secretario General de las Naciones Unidas declaraba, a media noche, la independencia de Timor Oriental, tras varios siglos de dominación colonial portuguesa, 24 años de ocupación indonesia y dos años y medio de administración transitoria a cargo de las Naciones Unidas. Pero el camino hasta la culminación del proceso fue largo y sembrado de tropelías, especialmente antes y después del referéndum de 1999 donde los timorese votaron por su independencia frente Indonesia²⁴³.

A principios de siglo XVI Portugal estableció una colonia en una isla del archipiélago Malayo. La rivalidad con la expansión comercial Holandesa provocó la retirada de Portugal hasta el sector oriental de dicha isla²⁴⁴. La ‘revolución de los claveles’ de 24 de abril de 1974 provocó el proceso descolonizador de las provincias ‘más allá del

²³⁹ BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary...*ob.cit. p. 150. *The words ‘universally recognized’ should be understood as ‘widely recognized’, not within the meaning that all states have to recognized a particular ground as impermissible.*

²⁴⁰ BOOT, M. *Genocide...*ob.cit. p. 521; BOOT, M/ HALL, C. En, TRIFFTERER, O.(ed.). *Commentary...*ob.cit. p. 150.

²⁴¹ Reconocidos en el art. 2. párrafo 11 del borrador de 1954 y en el art. 21 del borrador de 1991.

²⁴² En la nota a pie de página nº 15, referida a la expresión ‘other similar grounds’ del borrador de Estatuto de abril de 1998, se explica que esta expresión también incluiría, por ejemplo, *social, economic and mental or physical disability grounds*. Draft Statute for the International Criminal Court. Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 de abril de 1998.

²⁴³ La inestabilidad en la zona aún es patente. El 11 de febrero de 2008 se atentó contra el presidente Ramos Horta, hiriéndole gravemente y Australia envió tropas para la estabilización de la zona. Vid, Diario EL MUNDO, 12 de febrero de 2008, “Australia envía tropas a Timor Oriental, mientras el presidente continua estable”.

²⁴⁴ SCHLICHER, M/FLOR, A. “Historical and political Background to the Conflict in East Timor”. En, AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor. Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg. i.Br: Edition iuscrim. 2003. p. 73.

océano'. Este hecho fue aprovechado por Indonesia²⁴⁵ para invadir el territorio el 7 de diciembre de 1975 y considerar Timor Oriental, seis meses después, como su 27ª provincia. Esta invasión nunca fue reconocida por las NN.UU, que consideraron a Timor Oriental como un 'non self governing territory', es decir, como un territorio en el que el proceso descolonizador se había interrumpido y donde Portugal seguía siendo el administrador del mismo²⁴⁶. Durante el periodo de ocupación indonesia, a la guerrilla timorena de resistencia se le unió un movimiento de resistencia civil que fue sangrientamente reprimido por las fuerzas del orden indonesas²⁴⁷. Tras más de dos décadas de presiones nacionales e internacionales, en enero de 1999 el presidente de Indonesia (Habibie) propuso un referéndum donde los timorenses pudieran optar por su pertenencia a Indonesia o su independencia. Pero al mismo tiempo, las fuerzas armadas indonesas crearon una milicia pro indonesia para presionar a los timorenses en su votación. El 5 de mayo de 1999, Portugal e Indonesia firmaron un acuerdo donde se daba a Timor la posibilidad de elegir su autodeterminación²⁴⁸. El día 30 de agosto de 1999, con una mayoría del 78,5% de los votos, los timorenses rechazaron la autonomía propuesta por Indonesia y eligieron su independencia.

Este resultado desencadenó una violencia sin precedentes, donde la milicia del ejército indonesio anunció 'un mar de llamas' frente al territorio que había optado por su independencia. 200.000 personas fueron deportadas a Timor Occidental y miles de ellas fueron masacradas. El Consejo de Seguridad condenó la violencia en su resolución 1264, pero ésta continuó hasta el 20 de septiembre de 1999, cuando la intervención de las fuerzas internacionales de paz (INTERFET) pararon la violencia y destrucción desencadenada. Entre enero y septiembre de 1999, el 70% de las infraestructuras timorensas habían sido destruidas. La violación de los Derechos Humanos, incluyendo secuestros, deportaciones, torturas, violaciones y asesinatos fueron cometidos sistemáticamente²⁴⁹. La ONU creó una Comisión para investigar²⁵⁰ los hechos que confirmó la

²⁴⁵ Antigua colonia Holandesa que declaró su independencia en 1945 y fue reconocida como país independiente en 1949, tras varios años de lucha.

²⁴⁶ Por medio de las Resoluciones 384 y 389, el Consejo de Seguridad llamó la atención de los Estados respecto a la integridad de Timor Este e indicaba a Indonesia la necesidad de retirar sus tropas. UN Docs S/Res/384 de 1975 y S/Res/389/ de 1976. De las diez Resoluciones que adoptó el Consejo de Seguridad desde 1975 a 1982 ninguna dieron un resultado positivo. En la Resolución 37/30 de 23 de noviembre de 1982 se anunciaba que el Secretario General iniciará consultas con todas las partes afectadas para buscar una solución al problema.

²⁴⁷ El ejemplo más conocido de esta época fue la 'Masacre de Santa Cruz', donde las fuerzas de orden indonesio dispararon contra una manifestación el 12 de noviembre de 1991 con un resultado de 270 muertos y muchas desapariciones. La Comisión de Derechos humanos de las NN.UU mandó en 1994 a un 'relator especial' para investigar las ejecuciones extrajudiciales y demás violaciones de los Derechos Humanos. En su informe señalaba que la matanza de Santa Cruz no había sido un accidente, sino una acción militar estratégica de gobierno de Indonesia. Report by the Special Rapporteur, Mr. Bacre Waly Ndiaye, on his mission to Indonesia and East Timor from 3 to 13 July 1994. United Nations, Economic and Social Council, Commission on human Rights, Fifty-first session, Item12. E/CN.4/1995/62/Add.1. pp. 13 y 22. Apud, SCHLICHTER, M/FLOR, A. "Historical and political Background to the Conflict in East Timor". En, AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor. Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg. i.Br: Edition iuscrim. 2003. p. 78 .nota. 13.

²⁴⁸ UN Doc S/1999/513, Anexos I-III.

²⁴⁹ Tribunal de distrito de Dili. Sección de Crímenes Graves. *Prosecutor v. Alarico Mesquita et.al.* Caso. Nº. 28/2003 de 2 de diciembre de 2004. El Tribunal considera como hechos probados que: *The widespread or systematic attacks were part of an orchestrated campaign of violence, that included among other things incite-*

perpetración de crímenes contra la humanidad con el apoyo y la tolerancia del ejército indonesio²⁵¹. La Comunidad Internacional debía reaccionar.

1. Administración transitoria de la ONU y la creación del sistema judicial

El 25 de octubre de 1999, el Consejo de Seguridad de las NN.UU estableció la ‘Administración transitoria de las Naciones Unidas en Timor Oriental’ (UNTAET en adelante) por medio de la Resolución 1272²⁵². La UNTAET administraría el territorio y ejercería el poder legislativo, ejecutivo y judicial hasta que los timorenses pudieran elegir a su gobierno en unas elecciones generales, lo que sucedió el 14 de abril de 2002²⁵³.

En el marco de la reconstrucción, se representaba como urgente la creación de infraestructuras judiciales para organizar el funcionamiento de la justicia²⁵⁴, y en especial en su ámbito penal para punir los crímenes que tan recientemente se habían llevado a cabo²⁵⁵. En este ámbito se creó la ‘Transnational Judicial Service Commission’ con la función de analizar a los candidatos a jueces y fiscales, y redactar un código ético para el funcionamiento de los mismos²⁵⁶. De este modo se construyó una estructura judicial propia²⁵⁷, en la que debía tener cabida la intención de la Comunidad Internacional de penar los crímenes contra la humanidad cometidos durante el año 1999. Para este fin se estableció, dentro del sistema judicial, un ‘Panel Especial Internacional’ en la Corte de distrito de Dili²⁵⁸ con jurisdicción exclusiva sobre los crímenes más graves perpetrados

ment, threats to life, intimidation, unlawful confinement, assaults, forced displacement, arson, murders, rapes, and other forms of violence carried out by members of the pro-autonomy militia, members of the Indonesian Armed Forces, ABRI (Angkatan Bersenjata Republik Indonesia) renamed TNI (Tentara Nasional Indonesia) in 1999, and members of the Indonesian Police Forces (POLRI) with the acquiescence and active participation of Civilian and Military authorities.

²⁵⁰ Sobre la investigación de los crímenes internacionales en Timor Este véase, OLSEN, O.H. “Investigation of Serious Crimes in East Timor”. En, AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches* ...ob.cit. pp. 113-129.

²⁵¹ Report of the International Commission of Inquiry on East Timor to the Secretary General. UN Doc.A/54/726.

²⁵² U.N. Doc. S/Res/1272 de 25 de octubre de 1999. Sobre este periodo véase sinopsis en, STROHMEYER, H. *Policing the Peace: Post-conflict judicial system reconstruction in East Timor*. UNSW Law Journal. Vol.24. pp. 171-182. esp. p. 172.

²⁵³ Xavier Gusmão fue elegido primer presidente de la República Democrática de Timor Este.

²⁵⁴ STROHMEYER, H. *Policing the Peace: Post-conflict judicial system reconstruction in East Timor*. UNSW Law Journal. Vol. 24. p. 173.

²⁵⁵ Asimismo la UNTAET creó en aras de una reconciliación nacional la ‘Commission for Reception, Truth and Reconciliation’. Sobre su funcionamiento véase, STAHN, C. *Accommodating Individual Criminal Responsibility and National Reconciliation: The UN Truth Commission for East Timor*. AJIL. 94. 2001. pp. 952-966.

²⁵⁶ Sección 1 de la Regulación N° 1999/3 de la UNTAET. 3 de diciembre de 1999. UNATET/REG/1999/3. Accesible en, <http://www.un.org/peace/etimor/untatet/etreg3.htm> El primer grupo de jueces y fiscales fueron nombrados por un periodo de 2 años el 7 de enero de 2000. Apud, OTHMAN, M. “The Framework of Prosecutions and the Court System in East Timor”. En AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches*...ob.cit. p. 86.

²⁵⁷ Sobre el sistema judicial timorés véase, OTHMAN, M. “The Framework of Prosecutions and the Court System in East Timor”. En AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches in International Criminal Justice: Kosovo, East Timor, Sierra Leone and Cambodia*. Freiburg. i.Br: Edition iuscrim. 2003. p. 89. Los tribunales de distrito tienen jurisdicción para los crímenes menos graves cometidos con anterioridad al 25 de octubre de 2005.

²⁵⁸ Una crítica sobre el modelo judicial, la formación de los profesionales y la dotación financiera del mismo se puede encontrar en, OTHMAN, M. “The Framework of Prosecutions and the Court System in East Timor”. En AMBOS, K/OTHMAN, M. *New Approaches*...ob.cit. pp. 18; BERTODANO, S. *Current Developments in*

en el territorio de Timor Oriental entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999²⁵⁹. Los tipos penales sobre las que tiene jurisdicción exclusiva del tribunal son el genocidio, los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, delitos sexuales, asesinatos y tortura²⁶⁰. Por lo tanto, conocer los hechos considerados como crímenes internacionales así como los domésticos, cometidos en el territorio de Timor Oriental, por ciudadanos timorenses o contra los mismos²⁶¹ llevados a cabo en un periodo temporal determinado.

El carácter mixto o ‘híbrido’ del Panel Especial radica en su composición por dos tipos de jueces, internacionales y nacionales. De este modo, la primera instancia estará formada por dos magistrados extranjeros y uno timorés²⁶², mientras que la Corte de apelación se compone de 5 miembros internacionales y dos nacionales²⁶³. La ley aplicable por el Panel Especial es la legislación de Timor Oriental reconocida en la Sección 2ª y 3ª de la Regulación 1999/1 y la emanada de la UNTAET²⁶⁴, así como los tratados, normas y principios de Derecho internacional²⁶⁵. Asimismo, la Constitución de Timor Oriental, que entró en vigor el 20 de mayo de 2002, reconoce en su Sección 160 que el sistema judicial creado en Timor permanecerá hasta que sea establecido uno nuevo y pueda comenzar a funcionar de modo autónomo. De este modo la Sección 163 de la Constitución reconoce la existencia de instituciones judiciales colectivas formadas por jueces nacionales e internacionales con competencia para juzgar los crímenes graves cometidos entre el 1 de enero y 25 de octubre de 1999, e indica que permanecerán realizando sus funciones el tiempo necesario para concluir los casos en investigación²⁶⁶. Sin embargo, la propia naturaleza del Panel Especial provoca cierta ineffectividad del mismo, ya que al no tener Timor Oriental un tratado de extradición con Indonesia, y no ser el tribunal puramente internacional produce que la mayoría de los acusados de crímenes contra la humanidad²⁶⁷ de nacionalidad indonesia escapen a la jurisdicción del Panel especial tras de las cercanas fronteras de Indonesia.

Respecto de los crímenes competencia del Panel Especial, el genocidio, el de guerra

internationalized Courts. Journal of International Criminal Justice. Nº. 1. 2003. pp. 226-244. esp. p. 231; KATZENSTEIN, S. *Hybrid Tribunals: Searching Justice in East Timor*. Harvard Human Rights Journal. Vol. 16. pp. 245-278. esp. p. 260.

²⁵⁹ UNTAET/REG/2000/15 de 6 de junio de 2000. Regulation Nº 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences. Accesible en la siguiente dirección, <http://www.un.org/peace/etimor/untatetR/Reg0015E.pdf>. En la Sección 2 se regula la jurisdicción. La temporal en la Sección 2.2.4, en el terreno de Timor Oriental, Sección. 2.2.5.

²⁶⁰ Sección 1. 1.3 de la Regulación 2000/15

²⁶¹ Sección.2.2.2. Reg 2000/15

²⁶² Sección 22.1. Reg 2000/15.

²⁶³ Sección 22.2. Reg. 2000/15;

²⁶⁴ Sección 3.1.a). *The law of East Timor as promulgated by Sections 2 and 3 of UNTAET Regulation Nº. 1999/1 and any subsequent UNTAET regulations and directives*, [...]

²⁶⁵ Sección 3.2.b). La Sección 3.2 reconoce la aplicación de la ley más favorable al reo en el caso de un cambio de legislación. De este modo indica que: *In the event of change in the law applicable to a given case prior to a final Judgement, the law more favourable to the person being investigated, prosecuted or convicted shall apply.*

²⁶⁶ OTHMAN, M. *Accountability for International Humanitarian Law Violations: The Case of Rwanda and East Timor*. Heidelberg: Springer. 2005. pp. 97 y 98.

²⁶⁷ Report of Secretary-General on the UN Mission of Support in East Timor. 21 de abril de 2003. par. 27. Según este informe, el 90% de los acusados de crímenes contra la humanidad permanecen en Indonesia, fuera del alcance del Panel especial. Apud, OTHMAN, M. *Accountability...*ob.cit. p. 129.

y contra la humanidad están caracterizados de un modo muy similar al contemplado en el Estatuto de Roma²⁶⁸. Respecto al asesinato y las ofensas sexuales se aplicará la definición del Código Penal de Timor Oriental, mientras que la propia Regulación 2000/15 aporta una definición de la tortura²⁶⁹.

2. La regulación del crimen contra la humanidad

La figura del crimen contra la humanidad se ha implementado de un modo muy similar al designado por el Estatuto de Roma en el art. 7.1. En cuanto a los elementos generales son muy similares las redacciones de este artículo y de la Sección 5.1. de la Regulación 2000/15, ya que se exige la comisión de los actos dentro de un ataque generalizado y/o sistemático contra cualquier población civil²⁷⁰ y el conocimiento de que se actúa en dicho contexto²⁷¹.

Asimismo, las conductas contempladas en la Sección 5.1 son similares a las recogidas en el Estatuto de Roma, sin que por el hecho de que una conducta no fuera característica del conflicto en el que se aplica haya sido eliminada. En mi opinión es correcta esta manera de entender la implementación del tipo penal en un Tribunal o Panel especial creado ad-hoc, es decir, de un modo completo, sin recortes debido a que determinadas conductas no puedan considerarse como características de la situación objeto de enjuiciamiento. La figura del crimen contra la humanidad recoge muchas conductas, unas se podrán aplicar y otras no, pero precisamente aquí radica en parte la importancia del crimen, en su versatilidad, sin que sea recomendable adaptarlo a cada situación especial, como a menudo se ha hecho. Sin embargo, también en la Regulación 2000/15 se puede encontrar un supuesto donde se ha omitido de forma consciente un aspecto del crimen contra la humanidad no exento de polémica doctrinal: el elemento político.

La Sección 5.2 define de un modo idéntico al utilizado en el art. 7.2 del Estatuto de Roma las conductas descritas en su apartado primero tales como las exterminaciones,

²⁶⁸ El crimen de guerra se diferencia de la tipificación del Estatuto de Roma en que en la Sección 6 de la Reg. 2000/15 no se exige la comisión la 'gran escala' tradicional.

²⁶⁹ La tortura aparece descrita en tres ocasiones. Como crimen contra la humanidad en la sección 5.1.f) y 5.2.d); como crimen de guerra bajo la Sección 6.1 a) ii), y como crimen de distrito bajo la Sección 7. Mientras que las dos primeras definiciones son idénticas a la utilizada en el Estatuto de Roma, la última se acerca más a la utilizada en la 'Convención contra la tortura y otros tratos crueles y degradantes de 1984'. De este modo, la definición queda redactada en los siguientes términos. 7.1. *For the purposes of the present regulation, torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him/her or a third person information or a confession, punishing him/her for an act he/she or a third person has committed or is suspected of having committed, or humiliating, intimidating or coercing him/her or third person, or for any reason based on discrimination of any kind. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanction.*

²⁷⁰ Nótese que existe una diferencia entre ambas regulaciones ya que en el art. 7.1 de Estatuto de Roma se lee "attacks directed against any civilian population", sin embargo en la Sección 5 de la Regulación 2000/15 se añade la conjunción copulativa 'and', y queda redactado de la siguiente manera "widespread and systematic attack and directed against...".

²⁷¹ Respecto a la *mens rea* del autor, son reproducibles las conclusiones sacadas en el epígrafe anterior referente al art. 30 del Estatuto de Roma, ya que está reproducido de manera similar en la Sección 18 de la Reg.2000/15.

deportación, esclavitud, etc. Pero este apartado se inauguraba en el artículo 7.2.a) con la definición de ‘ataque contra la población civil’ como una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos “de conformidad con la política del Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política”. Esta definición del Estatuto de Roma produjo el debate doctrinal acerca de la necesaria multiplicidad de los actos y de la exigencia o no del elemento político en el crimen contra la humanidad.

Se desconoce si la razón de esta omisión fue evitar incorporar al crimen contra la humanidad dos elementos poco claros que aún son objeto de disputas jurisprudenciales y doctrinales o si, como opina una parte de la doctrina, la eliminación de esta definición se debería a motivos geopolíticos para evitar que el Panel Especial tuviera que pronunciarse expresamente sobre la existencia de una política estatal de atacar a la población civil timorena²⁷². Aunque si el fin era evitar que el Panel Especial se pronunciara sobre la participación de las autoridades civiles y militares indonesas en los crímenes no ha resultado efectivo pues en varias sentencias del Panel Especial, al delimitar el contexto del ataque en el ámbito de crimen contra la humanidad, señala directamente a las autoridades indonesas como responsables e instigadores de la campaña desarrollada contra los timorenses.

3. La jurisprudencia del Panel especial sobre el crimen contra la humanidad

La jurisprudencia de la Corte Especial de Dili es de gran relevancia²⁷³ en referencia al tema objeto de estudio pues representa el primer campo de pruebas internacional donde se ha aplicado el tipo de crimen contra la humanidad recogido en el Estatuto de Roma. Esta figura penal como cargo de la acusación tardó poco en aparecer, una vez que el Panel Especial de la Corte de Dili comenzó a funcionar. El 6 de diciembre de 2000 el fiscal presentaba el acta de acusación²⁷⁴ contra *Marques et. al*, más conocido como el caso ‘Los Palos’. En esta sentencia el tribunal desentraña la manera que tendrá de entender los elementos generales del crimen contra la humanidad y utiliza la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc para apoyar su interpretación. Ésta será una fuente de interpretación válida hasta que en el caso *Alarico Mesquita et.al* proclame la Corte Especial que dicha jurisprudencia no puede ser aplicada porque el tipo penal de persecución se regula de modo distinto en la Regulación 2000/15 que en los estatutos de los TPIs ad-hoc.

Sin embargo, en este primer momento y siguiendo al TPIR, la Corte Especial indica que la sistematicidad debería entenderse como un ataque que llevado a cabo por un

²⁷² CAPELLA I ROIG, M. *La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2005. p. 295; AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...*ob.cit. p. 3. quitan importancia a esta omisión al afirmar que no tendrá implicaciones particulares en la interpretación del término ataque o del elemento político.

²⁷³ BERTODANO, S. *Current...*ob.cit. p. 230.

²⁷⁴ Caso N° 9/2000. Accesible en, <http://www.jsmp.minihub.org/-Court%20Monitoring/spscaseinformation2000.htm>

plan o política preconcebida²⁷⁵. Asimismo, apuesta por una interpretación amplia del término civil al afirmar que podrían pertenecer al grupo los miembros de los movimientos de resistencia o ex combatientes, a pesar de que estos vistieran o no un uniforme, así como aquellos que no estuvieran implicados en la lucha al tiempo en que los crímenes fueron perpetrados²⁷⁶. Desde un punto de vista estricto, se exige la conexión del crimen contra la humanidad con un contexto político²⁷⁷, lo que requiere que el ataque lo lance un Estado o una organización que detente el poder *de facto* de un territorio²⁷⁸. Esta interpretación excluiría la posibilidad de que una organización criminal que no ejerciera el poder en un territorio pudiera cometer crímenes contra la humanidad, lo que limitaría las posibilidades de su comisión. Sin embargo, lo más criticable del modo en que el Panel Especial estructura el contexto del tipo penal es que da a entender que la existencia de un conflicto armado es un elemento del crimen contra la humanidad²⁷⁹, cuando en la Sección 5 de la Regulación 2000/15 no se hace mención alguna.

Por otro lado, la Corte Especial adopta la ‘postura del riesgo’ iniciada por el TPIY, según la cual sería suficiente para completar el conocimiento del ataque requerido que el autor se hubiere planteado el riesgo de que sus actos pudieran formar parte de un contexto en el que se desarrolla el ataque²⁸⁰ y, a pesar de ello, hubiera seguido adelante, sin que fuera necesario el conocimiento detallado del ataque²⁸¹. Sin embargo se exige que el autor tuviera también conocimiento de la política que subyace tras el ataque, o como mínimo tomase el riesgo de que sus actos se encuadrasen en la política del Estado u organización²⁸².

²⁷⁵ *Prosecutor v. Marques et.al.* Caso Nº 9/2000. 11 de diciembre de 2001.par. 638. Accesible en, <http://www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2000.htm> . La Corte se inclina por esta interpretación del TPIR en el caso *Baglishema.* (par. 77) en vez de por la concepción mayoritaria de sistematicidad como la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que estos ocurran de manera fortuita apoyada por las sentencias de *Kunarac Trial Chamber.* par. 429; *Blaskic Trial Chamber.* par. 203; *Tadic Trial Chamber.* par. 648; *Blaskic Appeal Chamber.* par. 101; *Kunarac Appeal Chamber.* par. 648; *Simic et al. Trial Chamber.* par. 43; *Stakic Trial Chamber.* par. 625.

²⁷⁶ *Marques et. al.* par. 638. En el mismo sentido, véase la sentencia del TPIY, *Blaskic Trial Chamber.* par. 214.

²⁷⁷ *Marques et.al.* par. 638. A pesar de que el elemento político fue considerado como un elemento legal del tipo en las primeras sentencias del TPIY como en *Kupreskic Trial Chamber.* par. 551-552 o *Blaskic Trial Chamber.* par. 205. Las línea jurisprudencia mayoritaria en apelación determina al elemento político como una mera prueba indiciaria. En esta línea, *Kordic Trial Chamber.* par.182; *Vasiljevic Trial Chamber.* par. 36; *Krnjelac Trial Chamber.* par. 58; *Simic Trial Chamber.* par. 44; *Kunarac Appeal Chamber.* par. 98; *Blaskic Appeal Chamber.* par. 120; *Kordic Appeal Chamber.* par. 98.

²⁷⁸ *Marques et.al.* par. 639.

²⁷⁹ *Marques et.al.* par. 684. *The requirement that the act be closely related to the armed conflict is satisfied if, as in the present case, the crimes are committed as an outcome of the fighting. This requirement is squarely met by the offences, insofar as the Panel finds the evidence to be sufficient to establish those offences.*

²⁸⁰ *Marques et.al.* par. 641. En este sentido véase, *Kunarac Trial Chamber.* par. 434; *Kunarac Appeal Chamber.* par. 102; . *Krnjelac Trial Chamber.* par. 59; *Blaskic Trial Chamber.* par. 257. *Blaskic. Appeal Chamber; Stakic Trial Chamber.* par. 626;

²⁸¹ *Marques et.al.* par. 641. [...] *The perpetrator needs only to be aware of the risk of the existence of an attack and the risk of the existence of some circumstances of the attack, regardless of his or her knowledge about the details.*

²⁸² *Marques et.al.* par. 642. *His o her knowledge about the policy behind the attack must exist in the perpetrator's mind, at least taking the risk that he may be performing his conduct in the context of a policy upheld by a*

4. El tipo específico de persecución: la aplicación práctica de la redacción del Estatuto de Roma

La Sección 5.1.h)²⁸³ de la Regulación 2000/15 estructura el tipo de persecución de un modo similar al utilizado en el art.7.1,h) del Estatuto de Roma. De este modo, se exige que la persecución por motivos discriminatorios se lleve a cabo en conexión con algún otro acto de los reconocidos en la Sección 5 o con cualquier otro crimen de la jurisdicción de los paneles²⁸⁴.

De este modo, se ha impuesto la interpretación inaugurada en el Estatuto de Roma y, en vista que ya ha habido sentencias donde aparece este tipo, el Panel Especial de Timor Oriental representa el primer tribunal con vocación universal donde se ha aplicado el tipo penal de persecución reformulado en el Estatuto de Roma.

Antes de comenzar a analizar la jurisprudencia del Panel Especial conviene tener en cuenta una distinción que lleva a cabo el tribunal en el caso *Alarico Mesquita et. al*²⁸⁵ respecto las dos posiciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del crimen de persecución y que marcará un cambio de criterio que se había asumido en la sentencia *Marques et. al*. Aunque en ambas posturas comparten el punto de partida acerca del elemento caracterizador del crimen – la intención discriminatoria – discrepan acerca de la naturaleza de los actos que pueden perfeccionar la figura. La controversia se ciñe en la necesidad de que esta intención discriminatoria deba aparecer en actos de naturaleza criminal *per se*, o al contrario, considerar que el elemento teleológico que caracteriza a los actos sea el que les infunde el componente de inhumanidad que sin él no existiría²⁸⁶.

Esta última posición fue adoptada por el TMI de Nuremberg y ha sido continuada por los TPIs ad-hoc. Mientras que la primera posición es la adoptada en la CPI y la continuada por la Regulación 2000/15. Aunque, *grosso modo*, esta distinción podría ser aceptada, no conviene olvidar los elementos que han sido introducidos en la jurisprudencia de los TPIs ad-hoc, que no sólo se centran en la intención como ‘resorte mágico’ que convierte lo humano en inhumano, sino la importancia del carácter acumulativo de los hechos y las circunstancias concomitantes que contribuyen a que el hecho delictivo alcance, por lo menos, el mismo nivel de gravedad que las demás conductas contenidas en el crimen contra la humanidad. En todo caso, a donde quiere llegar el tribunal es a la conclusión de que la jurisprudencia de los TPIs no es aplicable al Panel Especial por las diferentes regulaciones de las figuras en ambos instrumentos interna-

State or organization.

²⁸³ Sección 5.1.h) de la Reg. 2000/15. *Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in Section 5.3 of the present regulation, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the panels.*

²⁸⁴ Genocidio, Crímenes de guerra, tortura, homicidio, delitos sexuales.

²⁸⁵ *Prosecutor v. Alarico Mesquita. et. al.* Caso. N°. 28/2003 de 2 de diciembre de 2004.

²⁸⁶ *Alarico Mesquita et. al.* par. 60.

cionales²⁸⁷. Por lo tanto, la Corte estima que su tipo de persecución está tan alejado de la regulación de los TPIs de Yugoslavia y Ruanda que no puede ser comparado.

Sin embargo, el Panel se olvida de dos circunstancias que conviene tener en cuenta para interpretar el requisito de conectividad: el primero sería el juego de fuerzas de los Estados que se impuso en la Conferencia de Roma para asegurarse el nivel de gravedad mínimo con la exigencia de conexión; y segundo, la interpretación que se le dio al requisito de conectividad del crimen contra la humanidad en el art. 6.c) de la Carta de Londres y 5 c) de Tokio, ya que esta exigencia fue considerada como una mera limitación jurisdiccional de los tribunales, que no debería afectar a la concepción del tipo penal. Esta misma interpretación se ha llevado a cabo acerca del requisito de conectividad en el tipo de persecución, por lo tanto, la conexión no provoca dos tipos penales distintos, sino una limitación jurisdiccional de la Corte competente²⁸⁸.

5. Análisis jurisprudencial

El cargo de persecución como crimen contra la humanidad estuvo presente en el primer caso donde apareció el tipo penal de la Sección 5. De este modo, en el procedimiento conocido como ‘Los Palos’, junto al cargo 3º de deportación como crimen contra la humanidad, aparecía el punto 4º de la acusación donde se relacionaba la persecución con los actos de traslado forzoso llevado a cabo por integrantes de una milicia llamada ‘Team Alfa’. Por lo tanto, para perfeccionar el tipo de persecución se debería demostrar que se había privado a la víctima gravemente de un derecho fundamental²⁸⁹, que el perpetrador se dirigió contra la víctima por su pertenencia a un grupo o colectividad²⁹⁰ por una motivación discriminatoria²⁹¹, que el acto se cometió en conexión con otro crimen competencia del tribunal²⁹² donde el autor conocía que su conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil²⁹³ y que llevó a cabo sus actos movido por un motivo discriminatorio que debería estar presente en el propio ánimo del autor²⁹⁴.

Debido al periodo temporal en el que se inscribe la jurisdicción del Panel Especial – antes y después del referéndum sobre la independencia de Timor Este – la motivación discriminatoria se circunscribe a la calificación de los atacados como ‘partidarios de la independencia’, por lo tanto, la causa política es la que preside los actos de persecu-

²⁸⁷ Alarico Mesquita *et. al.* par. 78. However, it is important to remark that the jurisprudence of the ICTs is not applicable to the Special Panels because the crime of persecution as regulated in UNTAET Regulation 2000/15 has a particularity (shared with the ICC Statute): it requires the connection of the persecutory intent with another crime against humanity or with another crime within the jurisdiction of the court.

²⁸⁸ Alarico Mesquita *et. al.* par. 80. En este sentido afirma el Panel especial que: [...] The existence of another crime as a condition sine qua non ensure that only serious violations of rights will appear before the Court.; En este sentido, AMBOS, K/WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. pp. 73 y 74.

²⁸⁹ Sección. 5.2. f)

²⁹⁰ Marques *et. al.* par. 664.

²⁹¹ Marques *et. al.* par. 665.

²⁹² Marques *et. al.* par. 666.

²⁹³ Marques *et. al.* par. 668.

²⁹⁴ Marques *et. al.* par. 669.

ción. El caso ‘Los Palos’ no es una excepción, ya que se considera probado que los condenados por este tipo penal, aprovechando la campaña de deportación de los partidarios de la independencia en varias aldeas, quemaron las propiedades y mataron al ganado de muchos deportados²⁹⁵. Por lo tanto, el derecho fundamental gravemente lesionado en la persecución sería la propiedad y el crimen con el que estarían conectados los hechos, el de deportación²⁹⁶.

Sin embargo, la conexión con otro crimen proyecta muchas incógnitas que aún no han sido despejadas por la Corte de Dili. Una de ella se desprende del caso *Prosecutor v. Damiao da Costa Nunes*²⁹⁷, donde se conecta el crimen de persecución a un secuestro llevado a cabo contra una víctima. SE ha de tener en cuenta que el tipo de secuestro no está contemplado ni como conducta dentro de la Sección 5.1 ni como delito entre las demás comportamientos criminales de la Regulación 2000/15²⁹⁸. El término secuestro solo se utiliza para describir la conducta de ‘desaparición forzada de personas’ en la Sección 5.2.h)²⁹⁹, sin embargo es evidente que éste podría ser un elemento del crimen, pero en ningún caso el crimen en sí mismo³⁰⁰, ya que éste no sólo recoge la desaparición de personas sino que se cualifica por el rechazo de las autoridades de informar del paradero del ‘desaparecido’. No obstante, esto no es óbice para que la Corte de Dili, indicando que la persecución es la violación del derecho a la igualdad de un modo grave que infringe el disfrute de un derecho fundamental³⁰¹, considere perfeccionado el tipo de persecución porque el secuestro se puede conectar con la conducta de encarcelamiento de la Sección. 5.1.e)³⁰². A la misma solución llega el Panel Especial en el caso *Alarico Mesquita. et. al.* donde se recurre al análisis de lo que puede significar, en cada caso concreto, una grave privación de un derecho fundamental. De este modo, con otra vuelta de tuerca, la Corte interpreta que el secuestro está relacionado con la conducta de encarcelamiento u otra sería privación de libertad física, la cual, teniendo en cuenta las condiciones y medidas en las que la víctima fue secuestrada, dan como resultado que se pueda considerar cometido el crimen de persecución al conectarlo con la privación del derecho fundamental de la libertad³⁰³.

²⁹⁵ *Marques et. al* pars. 798, 800, 802, 816, 824, 825, 840, 842 y 843.

²⁹⁶ *Marques et. al* par. 1049. [...] *It was proved that the villagers had their houses burned, sometimes also with all of their possessions inside, which also resulted in the deprivation of their fundamental rights of property and shelter. Therefore, the Panel deems that each accused performed several acts (burning houses, destruction of property and picking up people from their villages) which forms in itself more than one crime with such a relationship that they must be considered as one continued act.*

²⁹⁷ *Prosecutor v. Damiao da Costa Nunes*. Caso N°. 1/2003, de 10 de diciembre de 2003.

²⁹⁸ *Alarico Mesquita et. al.* par. 83. La Corte de Dili reconoce que: *Obviously abduction is not in the list of crimes mentioned in paragraph 5.1 but, could it be a crime within the jurisdiction of the Special Panel? The answer is no. Abduction is not mentioned, either as a crime or as a conduct, within the definitions of imprisonment or persecution, where the act wouldn't need any further qualification.*

²⁹⁹ Sección 5.2.h). ‘Enforced disappearance of persons’ means the arrest, detention or abduction of persons by [...]

³⁰⁰ *Alarico Mesquita et. al.* par. 85. La Corte afirma que: [...] *To claim that ‘abduction’ is a crime against humanity because it appears in the definition on enforced disappearance would be similar to claim that ‘arrest’ is a crime against humanity (when it is not even a crime).*

³⁰¹ *Damiao da Costa Nunes* par. 74.

³⁰² *Damiao da Costa Nunes* par. 75.

³⁰³ *Alarico Mesquita et. al.* pars. 88-90.

Por lo tanto, aunque la Corte no lo diga claramente, se recurre al criterio de gravedad de la conducta y del derecho fundamental violado utilizado por los TPIs ad-hoc. Pero no sólo eso, sino que al estar limitada la jurisdicción de la Corte por el requisito de conectividad se ve obligada a elaborar una dudosa construcción doctrinal donde el secuestro se acaba asimilando al crimen contra la humanidad de ‘Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional’³⁰⁴.

En el proceso *Prosecutor v. Domingos Mendonça*³⁰⁵ la Corte ni siquiera señala el crimen o la conducta con el que el tipo de persecución debería estar conectado, sino que se limita señalar como probada la participación del acusado en actos como interrogatorios, maltratos, asesinatos, quema de casas y matanzas de ganado, obligar las mujeres a cocinar, o amenazar de muerte a civiles inocentes si no votaban a favor de la independencia³⁰⁶. De este modo la Corte considera que el acusado participó en la persecución de partidarios de la independencia en varios poblados y lo condena por persecución como crimen contra la humanidad³⁰⁷.

La privación del derecho fundamental a la libertad aparece como el detonante para considerar cometido un crimen de persecución relacionado con una detención ilegal en el caso *Prosecutor v. Marcelino Soares*³⁰⁸. En este caso, la Corte se vuelve a centrar en la importancia del derecho violado más que en fundamentar la conexión con otra figura de la Corte, aunque ésta – la detención ilegal – se deriva de los actos llevados a cabo contra tres personas identificadas como partidarios de la independencia³⁰⁹.

Respecto a la prueba acerca de la motivación discriminatoria la Corte ha utilizado un criterio más o menos objetivo, pero que no deja de tener el peligro que conlleva la automatización del elemento subjetivo. Así, en el caso *Prosecutor v. Florencio Tacacui*³¹⁰ se considera que la motivación discriminatoria existe cuando los actos se cometieron con anterioridad al referéndum, ya que estos estaban encaminados a presionar a los partidarios de la independencia para que votaran en su contra³¹¹. Sin embargo, una vez que la votación se celebró, el sentimiento que movió a la comisión de crímenes no era por razones políticas, sino de revancha contra los timorenses orientales³¹². En este

³⁰⁴ Alarico Mesquita et. al. par. 89. [...] The Court has to decide in a case-by-case basis if the deprivation of liberty implicit to the concept of abduction reaches a level of sufficient severity as to qualify within the limits of Section 5.1.e).

³⁰⁵ *Prosecutor v. Domingos Mendonça*. Caso. N°. 18b/2001 de 13 de octubre de 2003.

³⁰⁶ *Domingos Mendonça*. par. 126.

³⁰⁷ *Domingos Mendonça*. par. 127 y 128.

³⁰⁸ *Prosecutor v. Marcelino Soares*. Caso N°. 11/2003, de 11 de diciembre de 2003.

³⁰⁹ *Marcelino Soares*. par. 21.

³¹⁰ *Prosecutor v. Florencio Tacacui*. Caso. N°. 20/2001, de 9 de diciembre de 2004.

³¹¹ *Florencio Tacacui*. p. 49; en el mismo sentido, *Prosecutor v. Januario da Costa*. et. al. Caso. N°. 22/2003, de 25 de abril de 2005. p. 16

³¹² *Florencio Tacacui*. p. 49; [...] it is credible that what prompted the furious acts which took place after the popular consultation was another kind of resolution, specifically revenge. Having lost the battle, the discriminatory intent didn't make sense any more: the motivation of the Indonesia-fed militia become to quash the population of those villages which had supporter the fighters or had oppose the campaign by the integrationist; *Januario da Costa*. et. al. p. 16.

razonamiento la Corte comete el error de confundir la motivación personal con las razones discriminatorias. Pues si bien es cierto que las razones por las que se cometieron los actos antes del referéndum pudieran encuadrarse dentro de los motivos políticos, no lo es menos que tras el mismo, el grupo que siguió siendo atacado era el de los timorenses orientales y la razón de su ataque su pertenencia a dicha comunidad. Por lo tanto, se puede producir una transmutación de las razones de políticas a nacionales o culturales, pero no una eliminación inmediata del elemento subjetivo del injusto del crimen de persecución. Es totalmente indiferente para la perfección del tipo que el ataque se lleve a cabo por revancha, odio o diversión, ya que lo determinante es el conocimiento del autor de que se ataca a una persona por su pertenencia o identificación con una comunidad o unos determinados valores y se siga adelante con el ataque³¹³.

En relación a la pena aplicada, la Sección 10ª de la Regulación 2000/15 no establece un criterio uniforme, sino que se limita a imponer un número de años máximo de privación de libertad – de 25 años³¹⁴-. Para punir las figuras de crímenes internacionales se deberá tener en cuenta la práctica de los TPIs, teniendo presente que para los delitos de homicidio y ofensas sexuales será aplicable el Código Penal de Timor Oriental³¹⁵. Asimismo se deberán tener en cuenta la gravedad de las ofensas y las circunstancias personales a la hora de fijar la condena del acusado³¹⁶. En base a estos criterios, se han establecido las penas respecto al crimen de persecución que, tras un análisis pormenorizado, se puede afirmar que han dado el resultado de una ‘esquizofrenia punitiva’ difícilmente justificable en base a la peligrosidad y gravedad del resultado. Claro ejemplo de ello es el caso *Prosecutor v. Francisco Perreira*³¹⁷ donde se condena al acusado por la comisión de un crimen de persecución conectado con grave privación de libertad a cuatro personas, dos torturas y la comisión de actos inhumanos y degradantes contra una víctima, a 1 año de prisión³¹⁸. El tribunal mitiga su penalidad por confesión espontánea de los hechos – aunque luego se retractase en el juicio –, y su juventud al tiempo de cometer los hechos – 20 años³¹⁹ –. En contraposición, en el caso *Alarico Mesquita et. al*, el crimen de persecución conectado con grave privación de libertad de dos personas se castiga con 5 años de prisión³²⁰; y por otro lado, los mismos hechos cometidos contra tres personas, con la circunstancia agravante de ser el máximo responsable del comando y con la única atenuante de carecer de antecedentes³²¹ se

³¹³ En el mismo sentido, AMBOS, K/ WIRTH, S. *The Current...* ob.cit. p. 82. *The decisive reason to choose a particular victim must have been the impermissible ground. In other words, if the perpetrator would have chosen a victim without the particular characteristic, there is no discriminatory intent. On the other hand, it does not matter if the perpetrator, in addition to the discriminatory intent also has, for example, the intent to steal.*

³¹⁴ Sección 10.1. a) de la Regulación 2000/15.

³¹⁵ La aplicación de éste coincide con el Código Penal de Indonesia, aplicable en el territorio de Timor oriental.

³¹⁶ Sección 10.2. Reg. 2000/15.

³¹⁷ *Prosecutor v. Francisco Perreira*. Caso. Nº. 34/2003, de 27 de abril de 2005.

³¹⁸ *Francisco Perreira*. p. 31.

³¹⁹ *Francisco Perreira*. p. 29 y 30.

³²⁰ *Alarico Mesquita et.al*. pp. 26-32. Las circunstancias atenuantes aplicadas son haber actuado cumpliendo órdenes y no tener antecedentes.

³²¹ *Marcelino Soares*. pars 26 y 26.

pena con 3 años de prisión en el caso *Marcelino Soares*³²². El caso *Domingos Mendonça* representa un misterio, pues se le condena a 6 años de prisión por distintos actos de persecución- desde golpear a civiles a obligar a cocinar a sus mujeres - cometidos en 6 aldeas distintas entre abril y septiembre de 1999, sin especificar con qué crimen se conecta o qué conducta en particular se castiga³²³. Pero el desquiciamiento penal llega al paroxismo en el caso *Florenco Tacaqui*, donde tras condenar al acusado por la privación grave de libertad a un partidario de la independencia (2 años) e intento de asesinato de una persona (4 años), se añade una pena adicional de un año por crimen de persecución conectado con estas dos actuaciones³²⁴. Por lo tanto, no sólo se castigaría dos veces por el mismo delito violando la Sección 11 de la Regulación 2000/15 - *ne bis in idem* – sino que se demuestra un total desconcierto a la hora de aplicar la figura criminal, ya que si la persecución tuvo como resultado la privación de libertad, esta conducta conforma un único delito de persecución, en base al principio de especialidad, que deberá representar una penalidad acorde con el desvalor acción y el desvalor resultado derivado de la misma. Pero utilizar el tipo de persecución como una figura general de agravamiento no sólo vulnera los derechos del acusado, sino que le hace perder al crimen cualquier justificación político-criminal que en dichas circunstancias pudiera avalar su existencia.

6. Puesta en común

La Corte Especial de Dili ha sido el primer tribunal de origen internacional que ha aplicado el tipo de persecución postulado por el Estatuto de Roma. En su aplicación se detectan varios temas controvertidos. Quizás la unión de una Corte especial y mixta sin experiencia en crímenes internacionales, junto con una figura criminal reinterpretada en el Estatuto de Roma que, según la propia Corte, que impide aplicar la jurisprudencia anterior de los TPIs ad-hoc, hayan provocado la falta de un criterio unitario a la hora de interpretar la persecución. En todo caso, conviene determinar los puntos de conflicto a los efectos de evitarlos en un futuro proceso de la Corte Penal Internacional.

Si desde un principio se observa en las resoluciones de la Corte de Dili la exigencia de conexión del tipo de persecución con otro crimen o conducta, no se ha conseguido aclarar qué tipo de relación debe existir. De este modo, delitos no contemplados en la Regulación 2000/15 han sido considerados como válidos al interpretar que el resultado de la conducta prohibida coincidía con el desvalor resultado de otro crimen competencia de la Corte – secuestro = privación grave de libertad -. En otros casos, la Corte ha fijado su atención en qué tipo de privación grave de un derecho fundamental ha provocado la conducta para considerar perfeccionado el crimen de persecución, dejando entrever el ‘criterio de la gravedad total de la conducta’ propuesto por los TPIs ad-hoc. Por lo tanto, en relación al requisito de conectividad se observa cierto desconcierto a la hora de interpretar dicha conexión que dista mucho de poder ser calificado como un

³²² *Marcelino Soares*. p. 14

³²³ *Domingos Mendonça*. p. 32.

³²⁴ *Florenco Tacaqui*. p. 32.

criterio unitario. En mi opinión, a la hora de fundamentar la conexión, el criterio adecuado será determinar el tipo de derecho fundamental violado, más que intentar justificar la conexión con un delito de los contemplados en la Sección 5ª que en muchas ocasiones se consigue a fuerza de ampliar el tipo delictivo para así, poder demostrar la existencia de la conexión requerida a los efectos de que el tribunal entre a conocer del crimen de persecución en cuestión.

Respecto al elemento subjetivo propio del tipo de persecución se ha señalado la confusión que existe en la jurisprudencia reiterada de la Corte de Dili cerca del criterio para determinar la existencia del elemento discriminatorio³²⁵. El parámetro antes del referéndum si - después no -, es de una facilidad maniquea que desemboca en una mala interpretación del tipo de persecución. Lo determinante en este sentido es la identificación de la persona como perteneciente a un grupo o colectividad y su ataque por dicha razón, sin ser concluyente que se cometa el crimen por venganza o por recompensa económica. En mi opinión la confusión a la que lleva la interpretación del Panel Especial podría desencadenar un tipo de prueba casi imposible, pues además de la razón del ataque habría que bucear en la intención del acusado y demostrar qué tipo de motivación le llevó a realizar el crimen³²⁶. Asimismo, y para dar un sentido político-criminal correcto a la existencia del tipo de persecución se deberían evitar las oscilaciones de la pena de manera tan alarmante en situaciones más o menos similares donde la gravedad de la conducta y del resultado son valorados de manera tan dispar por el Panel Especial.

Por último, se ha de evitar punir de forma separada la comisión de un crimen contra la humanidad de homicidio y por otro el crimen de persecución, cuando éste último se haya concretado en el resultado del homicidio dentro del contexto exigido, pues el crimen de persecución consumirá al homicidio. Eso sí, en la medición de la pena se deberá ver reflejado tanto el desvalor acción, como la gravedad del desvalor resultado – en este caso la muerte – en cada supuesto concreto.

³²⁵ Florenco Tacaqui. p. 49; *Januario da Costa. et. al.* p. 16.

³²⁶ Recordemos que esta confusión ya existió en la sentencia de primera instancia de *Tadic* (par. 656) donde se indicó que un crimen contra la humanidad no podría ser cometido por motivos personales. Sin embargo, la Corte de apelación (par.248) enmendó dicha interpretación errónea al indicar que los motivos personales no eran elemento determinante, sino la conexión común ataque generalizado o sistemático contra la población civil. Sobre esta cuestión de la motivación personal del autor existe una amplia jurisprudencia que se desarrolló en los procesos de la Alemania ocupada tras la Segunda Guerra Mundial en los casos de denuncias. En las siguientes sentencias el tribunal estimó que los motivos personales no eran obstáculo para castigar a un sujeto que había cometido un acto calificado como crimen contra la humanidad. Sts 5/48. OGHSt. 1.p.19; Sts 78/48. . RÜTER-EHLERMANN/ RÜTER .C.F. *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen Nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966*. University Press Amsterdam. Amsterdam. 1968, p.498. vol II; OLG Dresden (5.4.47) NJ. 1947.p.196. También en NJW. 1948.p.307; OLG Freiburg (21.11.47). DRZ. 1948. p. 259; OLG Dresden (14.3.1947) SJZ.1947.p.519; Sts 19/49. OGHSt. 1. p.321; También en MDR.1949.p.370 y en SJZ 1949.p.347; Sts 57/48 OGHSt 1. p.122. También en ZJBL. 1948.p.272; Sts 109/48 OGHSt. 1 p.246; Sts 43/48 OGHSt. 1. p.60; Sts 68/48 OGHSt. p.186; Sts 120/99. OGHSt. p.385;